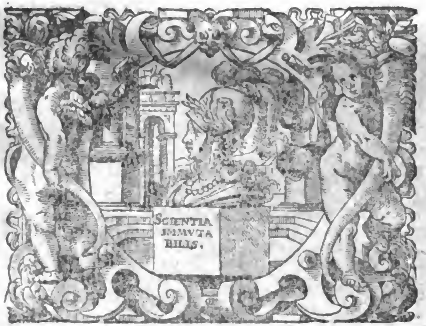
CUNRADI RITTERS-
husij JCti

COMMENTARIUS NOVUS, PULCHERRIMUS ET UTILISSIMUS: IN CELEBERRIMAM LEGEM XXIII. CONTRACTUS: DIGEST: De Diversis Regulis Juris antiqui.

Quæ quasi clavis est totius Tractatus de Contractibus & commercijs:

QUO NON TAM HÆC UNA LEX EX CORPORE JURIS Justinianei, quàm totum argumentum DE CONTRACTIBUS ET QUASI CONTRACTIBUS, ingeniosè, eleganter, ac dilucidè exponitur.



ARGENTORATI.
Sumptibus Hæredum LAZARI ZETZNERI.
Anno M. DC. XVI.

SYNOPSIS CAPITUM, QUIBUS HIC Commentarius ad L. 23. contractus, D. de Regulis Juris constat.

PROLEGOMENA, seu PROTHEORIAE, quæ & EVIDENTIALIA dici solent.

Sequitur Expositio Legis ipsius.

PLA-

PLACUIT DISPUTATIONEM EX HAC LEGE A QUODAM JURIS STUDIOSO, nunc Doctore non incelebri practico, Anno 1587. petitam, & publici exercitii gratiâ defensam, hoc loco subnectere.

CONCLVSIO I.

HAEC Lex contractuum & quasi contractuum bonæ fidei conditiones tàm naturales, quàm conventionales, quodam verborum compendio artificiosè explicat.

2 Nullam autem contractus plenam & perfectam definitionem in libris nostri iuris aut monumentis Interpp. nostrorum usquàm extare putamus.

3 Nos eum definimus in hæc verba, Contractus est conventio obligatoria propriâ suâ facultate absque juris civilis singulari confirmatione obligationem ad agendum efficacem producens.

4 Græcè vocatur συνάλλαγμα *sive* μονομερῶς *sive utrinque obligationem constituat.*

5 Et differt à pacto legitimo, quod similiter ut juris gentium, semper nudum est.

6 Hodie tamen legitimi & juris gentium pacti distinctio sublata videtur, cùm ex omni pacto nudo, ut volunt, actio detur, non tamen, ut arbitramur, jure canonico, sed potius consuetudine.

7 Porrò quasi contractus est quasi conventio quædam, proprio quodam jure (ut Gaius loquitur) obligationem producens: qualis est tutelæ administratio, negotiorum gestio item rerum communio, & quandoque etiam solutio indebiti, non semper; siquidem ea interdum proprius & verus sit contractus.

8 Vt autem actiones, sic & contractus & quasi contractus alij bonæ fidei dicuntur, alij stricti juris.

9 Bonæ fidei contractus sunt, quorum actiones legis potestate eius naturæ sunt, ut ex iis condemnatio fiat ex æquo & bono, etiam ultra id, de quo inter partes nominatim convenit.

10 Stricti juris contractus dicuntur, in quorum actionibus condemnatio fit strictè: veluti secundum ea, quæ nominatim in ipsa conventione expressa & nuncupata fuerunt.

11. *Atque hoc diſcrimen legibus canonicis non ſublatum, ſed potius approbatum eſſe credimus.*

12 *Eiusq́; fœdere commodiſſimè deciditur illa quæſtio : An ob dolum in contrahendo admiſſum, contractus ipſo jure nullus ſit, nec ne. Si enim bonæ fidei contractui cauſam dederit dolus, ipſo jure contractus ille nullus eſt : ſi verò inciderit in ipſo contractu dolus, non quidem ab initio contractum reddit nullum, ſed is reſcinditur omninò, vel reformatur per actionẽ eiuſdem contractus, vel per doli exceptionem. At ſtricti juris contractus ipſo iure non vitiatur dolo; ſive is cauſam dederit contractui, ſive in ipſo contractu inciderit. Sed contractus ab initio quidem iuris ſubtilitate ſubſiſtit, atque inde actio naſcitur, verùm dolo circumventus indemnitati ſuæ conſulere poteſt vel actione vel exceptione doli.*

13 *Sunt autem bonæ fidei contractuum, & quaſi contractuum conditiones, quæ hac lege indicantur, Dolus malus, Culpa, & Caſus fortuitus.*

14. *Dolum malum, qui fraus dicitur, ineptè diſtinguunt Dd. in dolum verum & dolum præſumptum.*

15 *Culpa nihil aliud eſt, quàm negligentia, ſive prætermiſſio diligentiæ. Et tàm in omittendo quàm in faciendo conſiſtit. Eiusq́; gradus tres duntaxat ſunt, lata, levis, & leviſſima culpa.*

16. *Lata culpa eſt prætermiſſio minimæ diligentiæ: eaq́; dolo proxima dicitur.*

17 *Levis culpa eſt prætermiſſio mediocris diligentiæ, qualem diligens & frugi paterfam. ſuis rebus adhibere ſolet. Et hæc propriè culpa dicitur. Vnde vox culpæ ſimpliciter in iure poſita, intelligitur de levi culpa, niſi materia ſubiecta aliud ſuadeat.*

18 *Leviſſima culpa eſt prætermiſſio ſummæ diligentiæ qualem optimus quiſque paterfam. ſuis rebus adhibere ſolet. Eaq́; ex oppoſito diligentiæ verbo, vt in hac lege, ita & plerunque alibi ſignificatur.*

19 *Caſus fortuitus eſt; quem nullum conſilium humanum prævidere poteſt; vel cui humana infirmitas reſiſtere nequit.*

20 *Dolum autem & culpam, licet diverſimodè, omnes contractus & quaſi contractus bonæ fidei naturaliter recipiunt: Nullus autem naturaliter recipit caſum fortuitum, ſed tantum ex conventione partium.*

21 *Et pro regulâ hîc tenendum eſt. In contractibus, qui ſolius dantis gratia fiunt, duntaxat dolum & latam culpam præſtari : Qui verò vtriusque contrahentis gratia habentur, capaces eſſe doli, latæ & levis culpæ. Eos autem, qui accipientis tantùm gratia celebrantur, dolum, latam, levem, & leviſſimam culpam recipere.*

22 Hinc

22 *Hinc depositum recipit tantùm dolum & latam culpam: quemadmodum & precarium: quod licet hic inter contractus numeretur, tamen revera neque contractum, neque quasi contractum id esse defendemus.*

23 *Venditum autem dolum, latam, & levem tantùm culpam admittit: licet quantùm ad solum pretium, non etiam vlterius, veluti interesse, rei periculum venditoris esse non absque legum authoritate quidam existiment.*

24 *Similiter & pignoris contractus, præter dolum & latam culpam, recipit etiam culpam levem.*

25 *Eiusdem quoque conditionis est locatio & conductio, cuius mercedem etiam in alia re quàm pecunia numerata consistere posse asserimus.*

26 *Vter autem locator aut conductor dicatur, inter omnes non convenit. Vulgò locator dicitur, qui accipit mercedem: Conductor, qui eam dat. Qua definitione meritò reiecta, Alij locatorem definiunt, qui dat vtendum vel faciendum aliquid: Conductorem, qui accipit.*

27 *Sed & illam, vt non satis accuratam definitionem omittentes, Locatorem appellamus, qui definita mercede, vel rem vtendam alicui concedit, vel in operis præstandis se alicui offert: Conductorem, qui constituta mercede, vel rem vtendam ab aliquo accipit, vel in operis præstandis placitum offerentis suscipit.*

28 *Præterea dotis datio, quæ contractus est, & quidem ex eo contractuum genere, qui re perficiuntur, præter dolum & latam culpam, etiam levem recipit culpam.*

29 *Atque inde etiam haud obscurè intelligitur maritum non esse perfectè rei dotalis dominum, licet verè Dominus ipsius sit, non etiam (vt arbitramur) mulier eius domina habeatur.*

30 *Negotiorum quoque gestio plerumque dolum, latam, & levem tantùm recipit culpam, vt & tutela administratio. Item societas & rerum communio.*

31 *A commodatario autem & mandatario præter dolum, latam & levem culpam, etiam levissimam culpam iuris authoritate exigimus.*

32 *Et hæ, quas retulimus naturales sunt contractuum & quasi contractuum conditiones: Partium autem conventionibus effici potest, vt vel plus vel minus in singulis contractibus veniat, sed diverso iure.*

33 *Si enim ab initio inter contrahentes convenerit, vt plus in his contractibus præstaretur, veluti in contractu depositi, vt præter dolum & latam culpam etiam levis præstaretur culpa: Vel in emptione, pignore, locatione, dotis datione, aut societate, vt præter dolum, latam & levem culpam,*

pam,

pam, etiam levissima præstaretur culpa, vel in mandato, aut commodato, ut præter dolum & omnem culpam etiam casus præstaretur, tunc adversarius eius pacti nomine actori eadem tenetur actione, quæ ex contractu principali nascitur, non etiam actione præscriptis verbis.

34 *Quod si autem inter contrahentes convenerit, ut minus in prædictis contractibus, quam illi naturaliter recipiunt, præstaretur, veluti in mandato vel commodato dolus tantùm & lata culpa, non etiam culpa levis & levissima, pactum hoc ex parte rei inest illis contractibus, & quidem ipso iure, si in continenti per pacti verò conventi exceptionem, si ex intervallo fuerit subiectum.*

35 *Diversa autem ratio est pactorum strictis negotiis in continenti subiectorum. Ea enim licet ipso iure prosint reo, etiam non posita exceptione pacti, modò confestim quid detrahant contractibus, tamen si iis adiiciunt aliquid, etsi in continenti, tamen ad actionem actori non prosunt.*

36 *Postremò, ut pactis effici non potest, ne dolus in bonæ fidei contractibus præstetur: Ita nec culpam aut casum fortuitum precario conventione adiici posse arbitramur.*

CUNRA-

AD NOBILISSIMUM,

AMPLISSIMUM ET PRUDENTISSIMUM VIRUM, Dn. LUDOVICUM CAMERARIUM, J C. Serenissimoq; Electori Palatino &c. à consiliis secretioribus &c. Domino & Patrono omni observantia colendo.

MARCUS TULLIUS, in aureo, quẽ de Officiis inscripsit, libro, quique Plinii judicio, *non modò in manibus quotidiè habendus, sed etiam ediscendus est*, ut omnia, ita illud quoque præclarè: *Eos, quorum studia, vitaq; omnis in rerum cognitione versata est, tamen ab augendis hominum utilitatibus, & commodis non recessisse: neque solum vivos & præsentes, discendi studiosos erudiisse atque docuisse, sed hoc idem, etiam post mortem literarum monumentis assecutos esse.* Hæc Cicero. Quæ licet de Philosophis tantum scribere videatur, qui, imperitæ multitudinis judicio, ad civilem societatẽ parum afferre utilitatis existimantur; tamen, cum JCti etiam *veram, & non simulatam* (ut Ulpianus ait) *Philosophiam exerceant*; *ipsaq; justitia* (cuius JCti Sacerdotes sunt (eodem Cicerone teste, *foras spectet, & ad hominum utilitatem porrecta sit*: non absurdè, ut nostra fert opinio, dictum illud ad institutum nostrum accõmodare possumus. Non autem jam de scriptis & lucubrationibus, quas Parens noster desideratissimus cum inter homines ageret, publici juris fecit, verba facere vo-

* lumus:

lumus: de Isidoro, Oppiano, Partitionibus Feudalibus, Salviano, Malcho, vel potius Porphyrio, aliisque: non etiam de iis quæ post obitum illius, à nobis, amicorum consilio & adjumento, in lucem data fuerunt; hoc tantum in præsentia attingendum videtur, superesse nobis etiamnum, Lucubrationum illius nonnullas, quas non minus quàm priores Reipub. litterariæ, Jurisque Civilis Studiosorum commodis atq; studiis profuturas speramus, quæque, si DEUS permiserit, nosque bonorum virorum non destituemur auxilio, temporis progressu, lucem etiam ipsæ aspecturæ sint.

Quibus, hac vice præsentem hunc de Contractibus Commentarium, cùm alias ob causas præmittere nobis visum, tùm etiam ob insignem huius materiæ utilitatē, quæ mortalium plerumq; omnium vel maximè commovere solet animos. Quid enim cogitari potest ineptius, quàm adeò rerum ignarum & imperitum, suique commodi immemorem esse, ut nescias, si in emptione & venditione res vitio affecta, pro integra & sana tibi data sit; an & quonam prætoris tibi subveniatur auxilio, an verò tuæ ἀπεριεργίᾳ & incogitantiæ hoc imputare debeas? Si item res aliena pro propria sit vendita, an rei (in qua plerũque plus, quàm in personà cautionis est) inniti possis, an verò regressum ad auctorem tuum habeas: quid item faciendum, si in pretio justo defraudatus sis: Quando denique periculum, aut commodum rei venditæ ad te spectet: & infinita alia: quæ qui ignoret, nullum inter

hominés

homines sibi relinquere videatur locum. Quis enim in hac civili vivit societate, qui cũ alio contrahere opus non habeat? Nam, utut, unius fortè rei copia tibi suppetat, alius tamẽ inopia laboras, ita ut necessitas te cogat, ea quæ tibi supersunt, permutare, eorumq́; loco acquirere, quorum vsus tibi necessarius sit. Verũ in probanda re omnib. manifestâ immorari, nihil aliud, quàm otio abuti fuerit.

Ad Te nunc, Vir Nobiliss. & Amplissime nostrum se convertit alloquium, cui ut postumum hoc τοῦ μακαρίτου Parentis nostri inscribamus opusculum, sat justæ & idoneæ, ne dicam graves nobis causæ sunt: quarum, ut alias silentio nunc prætereamus, in recenti etiamnum habemus memoriâ, quanta fide, animiq́; candore ac studio, cœptam cum Parente nostro, ante triginta plus minúsve annos, amicitiam, ad extremum usque illius halitum, in tanta licet splendidissimi muneris ac dignitatis constitutus eminentiâ, colueris: adeò ut spiritalis etiã cognationis vinculo, ut Canonistarũ utar phrasi, vobis invicẽ adstricti fueritis. Quàm humanum item, ac benevolum, post obitum dicti Parentis nostri, nobis Te præbueris, nõ sine magno animi gaudio recordari solemus, nobisque hoc de Te polliceri, Te imposterum quoque, hanc benevoli erga nos animi propensionem, nisi per nos ipsos (quod juvante Deo nunquam futurum est) steterit, nobis conservaturum esse. Suscipe ergò, Vir Amplissime, amica benignâque fronte chartaceum hoc à nobis munus: quo nihil aliud, quàm tuam ambimus clientelam

& patrocinium: cuius ſub auctoritatis atque dignitatis veluti clypeo non tantum poſtumus iſte Parentis noſtri fœtus à Momorum inſultibus tutus ſuccreſcere & vivere, ſed nos etiam ſalvi atque incolumes requieſcere valeamus. Feliciter vale Vir Nobiliſſime & Conſultiſſime, quem DEUS OPT. MAX. cum Nobiliſſima Camerariorum familia univerſa, perpetuò ſalvum & florentem, tueatur & conſervet. Altorfj è Muſæo noſtro menſe Iulio anni cIↃ. IↃ. CXVI.

T. Amplitud.

Studioſiſsimi

GEORGIUS,
NICOLAUS &
LUDOVICUS, Cunradi Rittershuſij,
JC. p. m. F. F. F.

CVNRADI RITTERSHUSII JC. COMMENTARIUS AD L. XXIII. DE REG. JUR.

SAnctus Gregorius, qui à miraculis quibus claruit θαυματουργὸς dictus est, & Origenis fuit discipulus, in oratione Panegyrica, quam à Magistro suo discessurus grati animi ergò in magna hominum frequentia habuit, ubi de suo Legum Romanarum studio mentionem facit, tàm linguam Latinam quàm Jus Civile Romanum insigni ornat elogio. Nam Legum quidem, quas ferè totas ex Græcia derivatas & translatas esse ait, (quod etiam ex Livio, Tacito, Pomponio *in l.2. D.de orig. jur.* & aliunde novimus) singularem & sapientiam, & pietatem, & admirandam varietatem prædicat: Linguam verò qua illæ sint expositæ ac traditæ, dicit, magnificentia quadam & venerabili honore plenam esse, omninoque talem, quæ ad Majestatem Imperii sit conformata & accommodata: quamvis aliis hominibus, quibus nativa & vernacula non est, ad perdiscendum sit gravis atque difficilis. Se quidem ait in utroque magnam expertum fuisse difficultatem; & in sermone, inquam, & in Jure Romano addiscendo. A suo tamen Doctore subinde animum sibi additum fuisse, & excitatam in se discendi alacritatem: proposita ostensaque illa spe, fore ipsi disciplinam & cognitionem Juris Romani (quo jure omnium Imperio Rom. subjectorum hominum res gubernarentur) pro maximo viatico atque subsidio (ipse Græca lingua vocat μέγιστον ἐφόδιον) non solùm si quando in foro ac judiciis versari, & causas agere instituisset: verùm etiam ad quodcunque vitæ genus animum applicaturus esset. Hæc nobis quoque dicta putemus. Nam hæc omnia sunt ejusmodi, ut tùm ad linguæ Latinæ, tùm ad Juris Civilis Rom. in quo explicando discendoque versamur, laudem & commendationem vix quicquam dici possit luculentius & gravius: tantoque plus in hoc testimonio ponderis & auctoritatis inest: quantò major fuit sanctitas in eo viro, à quo id prolatum est. De linguæ Latinæ laudibus hìc agendi locus non est: de qua hoc tantùm admoneo: etsi ea in primis ex Cicerone, Plauto, Terentio, Cæsare, Sallustio, Livio, aliisq; bonis auctoribus discenda est: tamē si omnes illi periissent, parvo negotio illam jacturam ex Pandectis, & veterum Jurisconsultorum scriptis resarciri ac restitui posse. Tanta est in illis & varietas & puritas orationis. Sed, ut dixi, hoc nunc non agitur: de quo aliàs latius. Juris autem Romani sapientia, pietas, ac varietas illa, quam tantoperè prædicat D. Gregorius *loco supr. d.* cùm ex aliis ejus articulis & partibus satis elucet, tùm maximè ex doctrina Jurisconsultorum de CONTRACTIBUS. Quorum tanta est utilitas adeoque & necessitas ad vitam humanam commodè agendam: ut non magis aqua & igni, quàm illis carere posse videamur. Ea res impulit Juris auctores, ut hanc Juris Civilis partē quàm diligentissimè explicarent: quod apparet ex aliquot libris ac titulis Pandectarum,

rum, & ex bona parte libri quarti Codicis, & tertii Institutionum Et sanè tantò majore digna est admiratione Jurisconsultorum veterum, qui ista sic perscrutati sunt & elimârunt; Sapientia & æquitas, ex ipsâ quasi naturâ justitiæ expressa: quòd ferè omnes illi fuerunt pagani, & à Christiana religione alieni, adeoq; etiam illius hostes: quod de Ulpiano & aliis quibusdam compertum habemus. Sed fuit in ipsis hoc à lapsu reliquum lumen rationis, quod illi agitatione studii perpetui mirificè conservârunt, excoluerunt, & illustrârunt: adeò quidem ut ex ipsorum scriptis etiã Lex divina, maximè quo ad secundam tabulam aliquid lucis fœnorari & accipere possit: quod egregiè docuit vetus scriptor, qui Legem Dei cum legibus Romanis cõtulit; editus ante hos 30. annos Parisiis à Petro Pitheo: deinde renovatus ab Henrico Stephano. In singulis autem contractibus quæri solet, *quid quantumq; alterum alteri præstare oporteat: sive ad quid alter alteri obligetur teneaturq;*, vel ex natura cujusque contractus, vel ex pactis & conventis quæ contractui initio fuerint adjecta. Ea doctrina cùm priùs sparsim ad singulos contractus fuerit tradita, pluribus Pandectarum titulis ab Ulpiano in hac Regulâ, *L. 23. de Reg. J.* (quam explicandam nobis desumpsimus) summatim quasi in unum fasciculum colligitur & comprehenditur doctissimè, maximoque artificio. Solet enim ex jure quod est, fieri regula: per quam brevis rerum narratio traditur: & quasi causæ conjectio est, (ita legendum est cum Pand. Florent. non *conjunctio*, ut vulgò) hoc est, summaria collectio & comprehensio, & quasi per indicem facta expositio *L. 1. & ibi Ioann. Ram. & Gipbhan. aliiq; recentiores, sup. hoc tit.* quippe JCti ex LL. aut moribus, quibus propriè Jus introducitur & constituitur, artis constituendæ & memoriæ adjuvandæ causa excerpserunt & collegerunt Regulas. Quod autem Paulus *in d. l. 1.* negat Jus ex Regula sumi, id intelligendum est principaliter & propter se: quomodo scilicet ex Legibus vel moribus introducitur & sumitur Jus. Attamen secundariò, seu propter aliud, etiam ex Regula Jus sumendum, & ad incidentia negotia aptandum esse, rectè dicimus: quia videlicet ex legibus, quæ propriè sunt causa juris proxima, collectæ sunt & constitutæ à Jurisconsultis Regulæ. Sed hæc ad *L. 1. h. tit.* latius explicari solent.

Priusquam verò accedamus propiùs ad explicationem sive commentarium hujus sapientissimæ legis: (quæ Lex, ut eruditè demonstrat Ant. Contius, octodecim enunciationes sive sententias continet, in quas scindi atque deduci potest.) Faciendum videtur, ut evidentioris doctrinæ causa quædam præmittamus, quæ sint loco protheoriæ. Primum erit caput de Inscriptione hujus legis & auctore. Secundum de summa & scopo totius legis, & de consimilibus Juris locis. Tertium de contractu. Quartum de dolo. Quintum de culpa Sextum de casu fortuito. Septimum de vi verbi *præstare*, quomodo id in hac Lege, & similibus locis, accipiatur. Et deniq; Octavum, de commentatoribus, qui ad hanc Legem scripserunt.

His ordine expositis posteà res ipsa tantò erit facilior.

PROTHEO-

PROTHEORIÆ CAPUT PRIMUM.

De Inscriptione hujus Legis, & Auctore.

AD I. Caput harũ præmunitionũ quod attinet, Lex nostra auctorẽ habet ULPIANUM: ut ex inscriptione ipsius patet. Fuit aũt Domitius Ulpianus, (ut pauca de ipso attingamus historica) oriundus ex splendidissima Tyriorũ Colonia, ut ipsemet de se testatur, in *L.1. ff. de censib.* & *L.16. Cũ Ulp. ff. de Interd. & releg.* vocatur etiã *Damascenus.* Fitq; ejus mentio apud Athenæũ: ubi cõsuetudinẽ ipsius describit, qua solitus est summa diligẽtiã percunctari, de quarumvis rerum nomẽclatura, ex quo à familiarib. suis per jocum appellatus est κειτούκειτος. Deinde ex Lampridio *in vita Heliogabali* discimus, Ulpianum jã tùm sub illo principe, vel potiùs monstro hominis, clarum fuisse, & magnis in honoribus spectatum. Scribit enim, quod Heliogabalus ipsum ut bonum virum removerit. Ferre scilicet homo turpissimus non poterat virum optimum & sui dissimillimũ. Ita quippe fit, ut scribit Petronius Arbiter: *Si quis vitiorum omnium inimicus rectum iter vitæ cœpit insistere, primum propter morum differentiam odium habet. Quis enim potest probare diversa?* &c. Sed illo monstro occiso ac per plateas perque cloacas sordidissimè tracto, & in Tiberim submerso, teste Herodiano *libr. 5.* Ulpianus noster sub ejus successore Alexandro honoribus restitutus est. Nam idem Lampridius *in vita Alexandri Severi* scribit, ipsum fuisse apud illum Imp. magistrum scriniorum, & primum doctissimorum Jurisperitorum, & maximè Imperatori fidelium, à quibus negotia & causas priùs tractari ordinarique præceperit Imperator atque ita ad se referri: quod hodie solet esse officium eorum quos *Cancellarios*, & illorum quos *Referendarios Principis* appellamus: tempore Justiniani & aliorum *Quæstores* dicebantur. Ibidemque *sub finem ejus libri* idem Lampridius vocat Ulpianum *Jurisperitissimum*; & unà cum aliis septendecim Juris professoribus, & quos in consilio habuerit Alexander, recenset eum inter discipulos splendidissimi Papiniani: cujus etiam paulò antè memorat ipsum fuisse Assessorem unà cum Julio Paulo, quando Papinianus fuit Præfectus prætorio. Quod etiam indicat elegãtissima disputatio inter duos illos magnos condiscipulos magni magistri, Paulum & Ulpianum, quæ in *L.40. lecta. ff. de reb. cred.* describitur à Paulo, qui tamen parcit nomini Ulpiani diversum sentientis. Magno in honore habitum fuisse à suo principe Ulpianum, satis apparet etiam ex illis honoris vocabulis, quæ Alexander ei tribuit in jure nostro: ut quando *parentem suum* appellat, in *L.4. C. de locato & conducto*: Item quando *amicum suum* vocat in *l.4. C. de contrah. & committ. stip.* In priore lege dicitur *Præfectus pratorio*: in Altera *Præfectus annonæ.* Ex quo intelligimus, quantos gesserit magistratus.

Quemadmodum autem Magister ipsius Papinianus miserabili vitæ exitu periit: capite truncatus jussu Antonini Caracalli: quòd noluisset excusare parricidium in fratre Geta trucidato commissum. (dicebat enim, *Non æquè facilè parricidium excusari quàm fieri posse*, teste Spartiano, *in vita Anton. Caracalli.*) Ita etiam Ulpianus

nus noster miserabiliter interfectus est à militibus Prætorianis noctu in ipsum irruentibus: quamvis antea sæpè Imperator ipsum tutatus fuisset à furore militari, & quidem objectu purpuræ suæ. Verùm, ut dici solet, *quem sæpè transit casus, aliquando invenit.*

Quæ & quot reliquerit scripta, ostendit Index Pandectarum Florentinarum: ex quo colligimus; ex omnibus JCtis, quorum è scriptis Digesta sunt composita, neminem plura de jure fecisse volumina, quàm Ulpianum; post Paulum. Hi enim duo plura cæteris omnibus scripserunt: & Paulus vicit omnes. Interque hos duos sub Papiniano commilitones & collegas observata est à doctis viris illa insignis differentia, quod Paulus quidem in suis responsis, & reliquis Commentariis juris, magis soleat sequi strictum jus, & artem ac regulas juris: Ulpianus verò magis inclinet ad æquitatem sive benignitatem & humanitatem, insuper habito stricto jure. Deinde quod etiam stylo ac dicendi genere non parum discrepent: cùm Ulpianus quidem utatur orationis genere facili, prolixo & vulgari: Pauli verò stylus (sicut & Africani & Papiniani ac Scævolæ) sit multò accuratior, brevior & nervosior. Unde fit, ut Pauli quidem leges, tanquam obscuriores & difficiliores, magis indigeant operâ interpretis, quàm Ulpiani, qui sibi ipsi pro interprete esse potest, satis perspicuo: Et Cujacius quidem in Ulpianum nihil, sed in Papinianum, Paulum & Africanũ, uberes scripsit commentarios.

Extant Ulpiani elogia quædam insignia etiam in jure nostro præter superius adducta, v. g. à Modestino vocatur *nobilis, & nobilissimus vir, & corypheus Iurisconsultorum, l. 2. §. ult. & l. 4. inf. & l. 13. scire. §. Al ud. ff. de excusat.* Impp. quoque Diocles. & Maximin. eundem vocant *virum prudentissimum, in l. 11. C. de quæstion.* Justinianus cum Papiniano eum conjungens vocat *virum disertissimum, in l. ult. C. de inst. & subst.* Alibi verò *summi ingenii virum, in l. un. § Ne autem hoc. C. de caducis tollend.* Denique Zosimus Historicus ad laudem Ulpiani sic scribit: & Legis latorem fuisse optimum, & virum sapientissimum, qui & præsentia rectè ordinare & disponere, & futura feliciter prospicere potuerit. Plura de vita & laudibus Ulpiani, si quis desiderat, is legere poterit eos qui descripserunt vitas Jurisconsultorum: & duas orationes Clariss. viri Jac. Lectii, quas de Ulpiano habuit.

Fit etiam mentio, in Legis nostræ inscriptione, SABINI. Non solum autem Ulpianus *ad Sabinum* scripsit libros 51. sed & alii ad eundem scripserunt, ut Pomponius libros 35. & Paulus 16. quod constat ex Indice Pandectarum Florentinorum suprà laudato. Quod ad eandem figuram dictum est, qua quidam *ad Edictum,* vel *ad Leges,* vel *ad Senatusconsulta,* vel *ad orationes Principum,* vel *ad Plancium,* vel *ad Minitium,* vel *ad Ursæum* scripsisse commemorantur: Quod iccircò admoneo, ne quis fortè putet, Ulpianum vel Paulum vel Pomponium libros aliquot Sabino dedicasse: ut vulgò in more positum videmus: & olim quoque factitatum scimus: ut Varro Ciceroni, ipse Cicero & Varroni & aliis suos quosdam libros inscripsit: v. g. Topica ad Trebatium: & de Oratore ad Brutum, &c. Sic Julius Pollux Onomasticon suum ad Imp. Commodum scripsit: sic Spartianus Capitolinus & Lampridius vitas aliquot Imperatorum ad Diocletianum & Constantinum scripserunt. Sed

tale

tale aliquid ab Ulpiano & cæteris ad Sabinum fieri non potuit per temporis rationem, cùm Sabinus ille multò ante decesserit.

Sed hìc illa succedit quæstio, cùm plures fuerint hoc nomine (Duo enim Sabini nominantur à Pomponio in *l. 2. ff. de orig. jur.* quorum prior prænomē habuit Masurii: Alter Cælii: duo item alii, pater & filius, ambo prænomine Fabii recensentur ab Historico Lampridio *in Alexandro Severo*, quorum alterum virum consularem occidi jussum fuisse scribit idem ab Heliogabalo: qui tamen non fuerit occisus, sed urbe tantùm pulsus à Centurione Surdastro, qui non satisfuerat assecutus mandatum principis, mollioribus verbis utentis, ut inquit Historicus, id est, submissiore voce loquentis: Alterum *Catonem sui temporis* vocat idem, ob insignem videlicet gravitatem) quæstionis inquam est, quisnam ex illorum numero fuerit Sabinus, qui hìc nominatur, & ad quem tres illi Jurisconsulti fuerint commentati? Et Lampridius quidem *in vita Heliogabali* in illa est sententia, Ulpianum libros suos scripsisse ad consularem illum virum, quem sic per errorem & casu quodam in vita servatum diximus, cum esset morti destinatus. Sed errare Historicum illum docuit jam pridem Cujacius in observationibus, & probavit nuper Casaubonus in Notis doctissimis *ad Historiam Augustam pag. 391.* Nam Sabinus ille potiùs fuit Masurius, cujus etiam facit mentionem honorificam Arrianus *lib. 4. dissert. Epicteti*: qui sub Imperio Tiberii Cæsaris floruit, primusque de jure publicè respondendo scripsit; & in equestrem ordinem receptus fuit privilegii loco, cùm jam esset natu grandis & propè quinquagenarius, teste Pomponio *in dict. l. 2.* De hoc JCto memorabile est in primis, quòd in re adeò tenui fuerit, ut à suis auditoribus plurimum fuerit sustentandus. Quæ pietas discipulorum erga suum præceptorem valde est notanda & imitatione digna: sed hodie perrara, dum *Scire volunt omnes: mercedem solvere nemo.* Et hæc de Inscriptione Legis nostræ hactenus. Quibus alia quoque Juris nostri & historiarum loca nonnihil posse illustrari existimo. Quibus & hoc ad extremum addo; quamvis clarissimus & doctissimus Antonius Contius hic dubitet de verbis hujus Legis, sintne illa Ulpiani, an Sabini ipsius: tamen omissâ dubitatione illâ non necessariâ, existimare me, hæc verba, procul dubio habenda esse pro eo ac si Ulpianus ipse, non Sabinus scripsisset. Nam dubitationem omnem tollit ipsa inscriptio, quæ manifestò illa tribuit Ulpiano.

PROTHEORIÆ CAPUT SECUNDUM.

De Scopo & Summa hujus legis: & consimilibus Juris locis.

SEQUITUR secundo loco, ut de scopo & summa hujus legis pauca dicamus: tametsi hæc jam quodammodo ex superioribus intelligantur. Sed juvat eadem ex Constantino Harmenopulo proponere, qui fuit Judex Thessalonicēsis, & scripsit Enchiridion sive πρόχειρον legum, lingua Græca. Is ergò *libro 6. ejus operis tit. 2. de Reg. diversis, pag. 482. editionis Godofredi*, ad hunc modum scribit: *In hac regula scopus est legislatori, docere quædam naturaliter*

convenientia contractibus, & quàm varia in his quærantur, & quàm accuratè, & ex quibus casibus periculum inducatur, & damnum, ei qui contraxit: & in quibus non obligetur, &c. Hæc ille Constantinus: cui majoris evidentiæ causâ subjiciam dilucidiorem & pleniorem quandam Legis partitionem. Quatuor igitur membris hæc lex nostra constat: quorum in primo docetur, quid unaquæque species contractus vel quasi contractus recipiat ex communi & usitata sua natura, sive quid ferat ejus natura, quidque secundum illam sibi invicem præstare debeant, qui contraxerunt, tametsi nihil ab ipsis expressum, vel lingua nuncupatum sit. In secundo membro (quod incipit à verbis: *sed hæc ita &c.*) affertur exceptio: Nisi pactis conventis initio appositis nomihil fuerit immutata illa communis & regularis natura contractuum. In tertio membro (cujus est initium in verbis: *Excepto eo*) traditur, quæ pacta jure non subsistant, sive quæ inutilia sint, & proinde contractum vitient. In quarto (quod incipit à verbo: *Animalium*) enumerantur pleræque species casuum fortuitorum, sive quos major quædam vis, cui resisti non possit, inducit: quos quidem in contractibus nemo præstare cogitur, nisi (ut suo loco explicabo) etiam illorum præstationem ultrò quis in se receperit.

Loci consimiles in Jure nostro potissimùm isti notari possunt: quorũ in quibusdam rationes afferuntur, eorum quæ hîc simpliciter commemorantur; id est, ostẽditur, quare in quibusdam contractibus dolus tantùm; in quibusdam etiam aliquid amplius præstandum sit; & quare non in omnibus contractibus una eademque sit mensura præstationis: Loci inquam similes sunt isti: *Lex 5. siut certo. §. 1. ff. commodati. L.*108. *si servus legatus. §. 12. cum quid. ff. de legatis* 1. *L.*14. *Eum qui. ff. de furtis.* quæ lex eandem prorsus cum hac nostra inscriptionem habet, ideoque cum ea conjungi debet: quod me docuit Giphanius; sicut & illud; Ulpianum in *d. libr. 29. ad Sabin.* ut etiam *præced.* tractasse de emptione & venditione: non de commodato; ut voluit Pet. Faber *in Comm. ad Reg. jur.* Sed parvi hoc refert, de utro contractu Ulpianus ibi explicârit: cùm satis constet, JCtos quamvis alicubi ex professo de una specie contractus agant, tamen sæpè solere ipsos etiam digredi ad alium quempiam contractum vicinum, vel etiam transferre disputationem ad totum genus, quod Rhetores vocant *hypothesin ad thesin accommodare*: Imò etiam solent ijdem, cùm ex professo tractant de ultima voluntate, v. g. de legato, obiter aliquid attingere etjam ex doctrina de contractibus: cujus rei habemus illustre exemplum *in d. l.*108. §. 12. *cum quid. ff. de legatis* 1. & aliis in locis, quos videre est apud Dd *in l. 20. verba contraxerunt. ff. de verborum signif.* & apud Nicol. Eberhardum *in Top. Legalibus*, & apud Danielem Mollerum *lib. 5. semest.* ubi diligentissimè explicant de contractuum & ultimarum voluntatum convenientia & differentia: docentque, quo pacto argumentum duci possit ab uno ad alterum. Fit autem hoc propter cognationem rerum inter se: quæ tanta est; ut non possit, qui tractat unam, non attingere vel conjungere etiam alteram; vel mutuari ex una, quod in præsens conducat in alia, ut verbis utar clarissimi Cujacii *in parat. ff. de operis nov nunt.* Extra Juris nostri libros est locus huic legi similis apud Modestinum *lib 2. de differ. juris*; cujus verba referuntur *tit. 10. in libello quo lex Dei confertur cum Legibus Romanorum.* Et hæc de secundo.

cundo cap. præmunitionum: unde satis patet, quanta sit hujus Legis utilitas, quàmque latè sit ea diffusa.

PROTHEORIÆ CAPUT TERTIUM.

DE CONTRACTU.

PRoximum est ut quædam subjungamus de verbo *Contractus*: tanquam de subjecto hujus Legis primario; cui plura deinceps adjunguntur prædicata. Primò autem notandum est, pro *Contractibus* Ciceronem potius usurpare solitum *res contrahendas*. Deinde notandum est, *Contractus vocabulum* latissima significatione (quamvis rariore) ita etiam usurpari, ut complectatur delicta. Exemplum est apud Triphoninum *in l. 52. si rerum amotarum. ff. de Act. rerum amotarum*, ubi scribit, Actionem rerum amotarum, (quæ datur conjugi adversus conjugem de rebus alteri ab altero subreptis in matrimonio, *tot. tit. ff. de Act. rerum amot.*) oriri ex malo contractu, id est, delicto: quod etiam affirmatur *in l. 21. si mulier. §. hæc actio. ff. d. t.* Ad quem modum Aristoteles quoque *in 5. Ethicor.* delicta & crimina vocat *συναλλάγματα ἀκούσια*, hoc est, Contractus involuntarios: non quod fiant ab invitis: (Nemo enim invitus delinquit; sed volens, & ex mala cupiditate) sed quod in invitos committantur. Quis enim est, qui non mallet res suas integras servare ac retinere, quam illis surreptis furto aut vi, vel corruptis aliquo illato damno ac detrimento, actionem acquirere furti vel vi bonorum raptorum, vel Legis Aquiliæ, vel aliam? Cùm præstet intacta cujusque jura servari, quàm post causam vulneratam remedium quærere. *l. ult. C. In quibus causis in integ. restit. necesse non est* Imò qui volens & consentiens passus est, vel rem suam ab altero auferri, aut deteriorari, aut se lædi verbis aut factis, ei hoc nomine nulla competit actio, cùm sit Regula Juris, *volenti & consentienti non fieri injuriam aut dolum.*

Porrò Contractum DEFINIVIT Antistius Labeo *ultrò citroq; obligationem*, quod Græci *συνάλλαγμα* vocant: ut testis est Ulpianus noster in *l. 19. Labeo. ff. de verb. signif.* In qua definitione videntur non pauca posse desiderari. Primum illud est: quod contractus hoc loco definitur per obligationem: cùm tamen constet, quod obligatio non sit genus contractus, sed ex contractu oriatur, atque ita sit effectus, & proinde quiddam posterius. Nam contractus est factum quoddam, ut *in l. 7. consilio §. ult. ff. de curat. furiosi.* Factum, hoc est, tractatus quidam inter contrahentes, v. g. inter emptorem & venditorem; qualis eleganter describitur *in l. 8 vers. quod si videlicet. C. de resc. vend.* Quale factum etiam intervenit in distractu, qui est contrarius contractui. Nam & in solutione fit numeratio vel admensuratio, vel appensio ejus, quod debetur. Factum à Paulo etiam *Actus* dicitur *in l. 2. §. ult. ff. de reb. cred. verbis*, inquit, *credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione*: qui Actus ibi nihil aliud est, quàm præcedens interrogatio & se-

& sequens responsio congrua. *l.52. obligamur.§.verbis.ff.de obligat. & Act. l.1.ff.de verb.oblig.* & *Institutionibus eod.in pr.tit.* Obligatio autem quæ ex contractu nascitur, *l.1.in pr.ff.de oblìgat.& act. & alibi passim*, non est facti, sed juris. Ita enim definitur, quod sit Juris vinculum, quo necessitate astringimur, alicujus rei solvendæ. *§.1.Inst.de obligat.* Est autem hoc notabile, quod interdum obligationes pro contractibus usurpantur, per metynomiam, scil.effectu posito pro causa, ut videre est *in l 5 Ex hoc jure.ff.de justit.& jure.* ubi Hermogenianus ait, obligationes constitutas esse Jure Gentium: Quod ita exponit Justinianus: ex Jure Gentium contractus penè omnes introductos esse. *§.Jus autem Gentium.vers.& ex hoc jure.Inst.de jure Nat.Gent.& Civil.* Facit huc etiam *l.omnem.20.ff.de judiciis.*

Deinde hoc quoque in definitione Labeonis reprehendi posse videtur, quod nimis angusta sit: cùm non omnibus conveniat contractuum speciebus. Sunt enim contractus aliqui ex quibus ultrò citroque, sive ab utroque latere vicissim seu vice mutua obligatio nascatur, (ut emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quos etiam recenset *d.l.19.de verb.sign.* & Justin.*in tit. Inst.de oblig. ex consensu*, & JC.*in l.2.ff.de oblig.& act.* Ait autem Imp. in his contractibus *alterum alteri obligari*, hoc est, mutuas obligationes inde oriri, & mutuas actiones; v.g. non tantùm venditor emptori obligatur, & huic adversus illum competit actio ex empto, in primis ad rem venditam soluto pretio vel fide super eo habita tradendam: verùm etiam vicissim obligatur emptor venditori, & habet hic adversus illum comparatam actionem ex vendito, in primis ad solvendum pretium: & sic deinceps de cæteris exemplis similiter existimandum est, ne nimis longum faciam.) Sunt igitur, ut dicere cœperam, non tantùm contractus ejusmodi, quos Græci appellant διπλεύρους quasi dicas *bilateros*, vel *bilaterales*: verùm etiam sunt alterius generis contractus quidam, in quibus non uterque sive alter alteri ultrò citroque obligetur: sed tantùm ab una parte sive latere obligatio nascatur: ut videre est in mutuo, & in stipulatione. Qui mutuum alteri dedit, non obligatur ei qui accepit: sed is qui accepit, solus obligatur ad reddendum quod accepit, & quidem ex eodem genere & eadem bonitate: quamvis hoc expressè non fuerit dictum, sive cautum inter contrahendum. *l.3.ff. de reb.cred.* similiter in stipulatione is qui interrogavit sive stipulatus est, non obligatur; sed solus promissor ad dandum vel faciendum vel præstandum. Nec obstat, quod ex stipulatione & obligatione verborum duæ proficiscuntur actiones: nempe condictio certi, & ex stipulatu: *initio tit.Instit.de verb.oblig.* Nam istæ actiones ambæ dantur uni & eidem: videlicet stipulatori, sive ei qui interrogavit: prout scilicet res in stipulationem deducta fuerit, aut certa aut incerta. *d.princ. tit. Instit.* juncta *lege 24.si quis certum.ff.de verb.oblig.* Alteri verò qui spopondit, sive promissori nulla datur actio adversus stipulatorem, quia scilicet hic illi non obligatur ullo modo vel ad quicquam: sicut neque mutuum accipienti ulla competit ex mutuo actio, sed soli mutuum danti, sive ei qui credidit pecuniam datur actio quæ vocatur *pecuniæ creditæ*, sive *ex mutuo*. Atque hoc genus contractuum Græci Juris Interpretes appellàrunt docendi causâ, μονόπλευρον, quasi dicas *uni laterum*. Videatur de his & Joan. Borcholten Doctor meus venerandus *in Comment.de pactis cap.1.num.6.* & *in Comment.de verb.oblig.cap.1.*

Sed

Sed ei quod diximus, caufam obligationis effe contractum, videtur obftare, quod ait Paulus in *l. 44. obligationum ferè. ff. de oblig. & act.* ubi quatuor recenfet caufas obligationum, eafque ordine ac deinceps explicat: videlicet diem, conditionem, modum & acceffionem: Si ergò verum eft, unam effe obligationis caufam, non poterunt effe quatuor: aut fi funt quatuor, falfum eft, unam duntaxat effe. Refpondeo, Caufas obligationum in *d. l.* 44. non ita accipiendas effe, ut ex quibus nafcantur obligationes: ficut quando dicimus obligationem nafci ex contractu, *d. l. 1. in pr. ff. de oblig. & act.* fed caufas vocat ibi Paulus qualitates five conditiones five attributiones quafdam contractuum vel obligationum, fine quibus tamen qualitatibus contractus benè poffunt fubfiftere. Nam plurimi funt contractus, in quibus neque dies adjicitur, neque conditio, neque modus, neque acceffio: ut videre licet in illis ftipulationibus, quæ purè fiunt *§. omnis ftipul. Inft. de verbor. oblig.* Idemq; fentiendum eft de emptione & venditione purè & præfenter facta, & fic deinceps. Sic alibi paffim JCti utuntur verbo caufæ pro conditione vel ftatu, perfonæ vel rei: v. g. cùm dicunt aliquem in ea caufa effe, ut hoc aut illud facere debeat: Item cùm dicunt caufam poffeffionis pro ejus qualitate: ut in Reg. *Nemo fibi ipfi caufam poffeffionis mutare poteft.* Sic *caufa dotis*, quæ ubique præcipua effe dicitur *in l. 2. ff. foluto matrimonio*, nihil aliud eft, quàm dotis conditio, &c. Solet enim Causæ nomen variè ufurpari, quod videri poteft apud Juris Lexicographos, & apud Robert. Stephanum in commentar. latinæ linguæ.

Atque his potiffimùm modis impugnari poteft definitio contractus à Labeone tradita *in d. l. 19. de verb. fignif.* Quid ergo dicemus pro Labeone? fimpliciffima eft fententia, non fuiffe ibi propofitum Labeoni, definire totum genus contractuum, aut contractum latiffimâ fignificatione acceptum; fed cùm vellet oftēdere, quodnam fit difcrimen inter hæc tria verba: *Actum, geftum*, & *contractum*, fatis habuit affumere unam aliquam fpeciem contractuum, vel contractum etiam in angufta fui fignificatione, neque neceffe fuit ipfi de toto genere explicare: imò hoc ibi fortaffis alienum fuiffet. Inter *gefta* verò & *facta* fubtilem illam differentiam Labeonis fæpè negligi, & alterum pro altero promifcuè fumi notat Cajus, *in l. 58 ff. eod. titul.*

Sed eft operæ pretium cognofcere quoque definitionem contractus traditam à Theophilo *in paraphrafi Inftitut. tit. de oblig. Contractus*, inquit, *eft duorum aut etiam plurium in idem conventio & confenfus, ad conftituendam obligationem, & ad faciendum alterum alteri obnoxium.* Hæc definitio eft plenior, & complectitur eos etiam contractus, in quibus ex una tantum parte oritur obligatio, ut obfervavit præter alios Hect. Richer. *ad Rubric. tit. ff. de verb. oblig n. 47* Generis loco hîc ponitur *conventio & confenfus plurium in idem.* Confenfus eft affectus five animus ex utraque parte contrahentium concurrens, ut ait *Goth in l. 55. In omnib. reb ff. de obl g. & action.* Cui contrarius eft error, & diffenfus, fi nimirum aliud hic: aliud ille fentiat. *l. 57. in omnibus negotiis. ff. d. t.* cum multis ll. concordantibus ibidem per Gothofredum productis. Contraria quoque funt vis & metus. *l. 116. Nihil confenfui, infrà h. t.* Et in aliis quidem contractibus fufficit folus ac nudus etiam confenfus ad conftituendam obligationem. *l. 2. ff. de oblig & act. & tot. tit. Inftit. de*

 oblig.

oblig. ex consensu. In aliis verò præter consensum oportet, ut alia quoq; accedant: puta vel res,(id est, factum aliquod, puta trtditio, vel annumeratio, vel appensio:) vel verba, vel scriptura: ut explicatur in *l.1 §.1. & §.seq. ff. de oblig. & act.* Et in eo quidem convenit contractus cum pacto. Nam pactum quoque, seu quod idem est pactio, ita definitur, quod sit duorum pluriumve in idem placitum consensus: teste Ulp. *in l.1 §. & est pactio. ff. de pactis.* sive quod sit duorum consensus atque conventio, teste eod. *in l. 3. in pr. ff. de pollicitat.* Differentiam verò inter pactum & contractum facit sequens definitionis clausula: *Ad constituendam obligationem, &c.* Contractus enim pariunt obligationem, ut supr. diximus *ex l.1. in pr. ff. de obligat. & act.* & obligatio porrò parit actionem in personam *l. 42. l. cet. §. Ea obligatio, & ibi Dd notant ff. de procurat.* Unde Accursius aliique obligationem solent appellare Matrem actionis personalis: *initio tit. Inst. de Actionib.* Unde quod ait Paulus, Ex contractibus venire actiones, *in l. 49. ff. de oblig. & act.* intelligere debemus compendii causa sic dictum, mediante scilicet obligatione. Pacta verò non pariunt ullam obligationem, ut neque actionem: idq; sæpè constitutum esse ajunt Impp. *in l. 5. C. de contrahenda & committ. stipul.* (ubi *nudam pollicitationem* vocant nudum pactum; cùm aliàs propriè loquendo plurimum differant pollicitatio & pactum *l.3. ff. de pollicit.*) *vide l.7 juris Gentium. §. Igitur nuda. & l. divisionis. ff. de pactis. l. Legem, & l. cum propenas. C. eod. tit. l si tibi. C. de locato. l sive apud. C. de transact. l.1 C. de pactis conventis, cum similibus.* Ratio differentiæ inter pacta & contractus, quare ex his nascantur obligationes, efficaces ad agendum; ex illis non item, illa à Doctoribus assignatur: quia plerique homines, sæpè inconsultè, inconsideratè & leviter feruntur ac descendunt ad promittendum: cum non haberent animum deliberatum, neque voluntatem aut intentionem sese obligandi, & ut inde astringerentur, & cogi possent, ad ejus quod promiserunt observationem atque implementum. *Vid. Bart. in l.1. §. si quis simpliciter nu. 2. ff. de verb. oblig.* quem refert & sequitur Hect. Richerius *in d. Comment. de verb. obligation, num. 8.*

Vulgò quidem putant, Jure Pontificio ex pacto nudo, nasci oblgationem, & actionem. *cap.1. & 3. extra de pactis: ubi Canonistæ.* Sed hanc opinionem falsam esse docet Richerius *d. loco*, ejusque contrarium tenuisse celeberrimos Dd. quos etiam refert & probat Jason. *in l.7. §. sed cum nulla. ff. de pactis*; ubi etiam respondet Jason locis in contrarium adductis: Exposui autem hoc latiùs *in tractatu de differentiis juris Canon. & civil. lib.3. cap.1.* Quomodo autem pacta contractibus adjecta forment ac reforment illos, & pariant actionem ex illo contractu, de eo explicandi commodior occasio dabitur *infr. ad vers. sed hæc ita.* Interea videantur *l.72. Pacta conventa. ff. de contrahend. emption. & Franc. Hotoman. in illustribus quæst.*

Dixi de contractus DEFINITIONE, primùm illa, quæ sumitrr ex *l. Labeo. de verb. signif.* deinde de ea, quam tradidit Theophilus. Nunc de contractuum DIVISIONE una atque altera, pauca sunt attingenda. Et primò quidem illa celeberrima divisio in Institutionibus explicari solet, qua contractus alii fiunt *re*, alii *verbis*, alii *literis*, alii denique *consensu. §. ult. Instit. de oblig. & aliquot tit. seqq.* Illa igitur

tur suæ interpretationi reservata, de aliis videamus. Dividuntur autem alia divisione contractus, ut vel sint *certi*, vel *incerti*, sive (ut vulgò appellant) ut alii sint *nominati*, alii *innominati*: de qua divisione explicatur *in l. 7. §.1. & 2. ff. de pactis*, & *in l 3. & l. 5. Naturalis. ff. de præscriptis verbis.* *Certi* sive *nominati* sunt contractus, qui transeunt in proprium nomen: ut loquitur Ulpian. *in d. l. 7. §.1. de pactis*, sive qui habent certum ac proprium nomen; ut sunt mutuum: commodatū: precarium: depositum: pignus: hypotheca: dotis datio: stipulatio, sive sponsio: fidejussio: scriptura: emptio, venditio: locatio, conductio: emphyteusis: societas: mandatum: & feudum; quamvis de hoc controversiam moverit doctiss. Hotomannus *in observat.* cujus sententiam Giphanius noster probare solebat. His contractibus iccircò nomen imposuerunt homines, quia in quotidiano & frequentissimo vitæ communis usu versantur. *Incerti* autem sive *innominati* contractus sunt, quorum appellationes nullæ Jure civili proditæ sunt, ut Julianus ait *in d. l. 3. ff. de præscriptis verbis.* Fecit hoc inopia linguæ Latinæ, sive ut Lucretius ait, patrii sermonis egestas: & alibi; *propter egestatem linguæ & rerum novitatem*: de qua inopia etiam alicubi conqueritur Cicero in scriptis philosophicis: tametsi idem interdum Latinam linguam non minùs copiosam vel etiam copiosiorem Græcâ ipsâ affirmare non dubitet, ut videre est *in lib. de Finib. & in 3. de Orat.* Ulpianus quidem ita censet, Natura rerum conditum esse, hoc est, ita à natura comparatū, ut plura sint negotia quàm vocabula. *l. 4. ff. de præscript. verbis.* Quanquam illa etiam accedere potest ratio, ni fallor potior, quia istæ species contractuum innominatorum minus sint usitatæ. Alioquin si tàm crebri fuissent isti contractus, quàm prioris generis, facilè etiam nomina, sive appellationes suas invenissent. Novis enim rebus nova imponenda sunt nomina, ut ait Cicero *lib. 3. de Fin.* Innominati autem contractus loco certi nominis suam habent periphrasin, quæ vice nominis fungitur: ut prima species appellatur *Do ut des*: Altera *Do ut facias.* Tertia *Facio ut des.* Quarta *Facio ut facias.* Tot enim species enumerantur *in d. l. 5. Naturalis. ff. de præscript. verbis.* Jam verò quænam ex horum unoquoque nascatur Actio, non caret controversia, quam hìc explicare nimis longum foret, atque à proposito aberrans: sicut etiam illa disputatio, An permutatio sit contractibus nominatis, an verò innominatis annumeranda: Quorum posterius ab Accursio affirmatur *in gl. ad Rubr. C. de rer. permutat.* Quæ quidem gl. communiter est approbata à Dd. Item alia quæstio, utrum transactio sit contractus nominatus, an innominatus: de qua videri potest Berengarius Tolos. *in comm. ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrah. empt. cap. 3. ad 9. partem gl. n. 3.* & Joan. Borcholten *in tractatu de Transact.* Berengarius autem inseqq. membris etiam subdivisiones affert contractuum utriusque generis, Nominatorum scil. & innominatorum; atque ad extremum colligit & diligenter explicat decem differentias inter contractus nominatos & innominatos: ad quem brevitatis causa sufficiat remisisse.

Rursum novâ divisione contractuum quidam sunt *bonæ fidei*; quidam *stricti juris*: de qua explicatur ab interpretibus Instit. *ad §. Actionum. tit. de Actionib.* Est enim hæc divisio communis contractibus pariter & actionibus sive judiciis: & quemadmodum Actiones vel sunt bonæ fidei, vel stricti juris, ita etiam contra-

ctus *l.3.in contractibus.C.quibus ex causis majores.l.4.Bonam fidem.C.de oblig. & act.cum similibus.* Sic depositum dicitur contractus, qui ex bona fide oritur, nec ad perfidiam retrahendus. *l.pen.C.Depositi.* & in contractibus societatis bona fides exuberare dicitur *in l.3.C pro socio.* idemq; verum est etiam de similibus contractibus. Nam in omni contractu bona fides præstari debet, ut ait Paulus *in l.59. si mandatu §.1.in f.ff.mandati.* Et Tryphoninus ait, bonam fidem quæ in cõtractibus exigitur, summam æquitatem desiderare. *l 31.bona fides.in pr.ff.depositi.* Quod tametsi de omnibus contractib. generaliter videtur illis locis pronunciari: propriè tamẽ ad bonæ fidei cõtractus pertinere docet Cl. Giphanius *ad l.4.C.de obl.& act.* Verum quidem est, omnes contractus in se bonam fidem continere, & dolo ac fraude vacare debere: ab omnibus, inquam, contractibus abesse debet dolus, perfidia, fraus & machinatio: (his enim omnibus contraria est bona fides. *l.3. in fin.ff. pro socio* & *l.5.si dolo.C.de rescind.vendit.* & *l.pen.C.depositi.*) quò etiam pertinet interdictum Apostoli *in priore ad Thessalonic. cap.4.* Ne quis in negotio defraudet proximum suum; adeò ut etiam ex stipulatione, quæ est contractus stricti juris, obligatus per machinationem & dolum adversarii, quamvis ipso jure sive secundum subtilitatem juris obstringatur, tamen habeat exceptionem doli, qua possit elidere actionem, & liberationem consequi. *l.36.si quis cum aliter. ff.de verb.oblig.* ubi post alios videatur Giphan. & tamen sunt aliqui contractus, quos per excellentiam nuncupàrunt *bonæ fidei contractus*, illi qui Jura condiderunt: quia videlicet in ipsis bona fides debet exuberare & abundantior esse quàm in cæteris, & summam hic desiderat æquitatem.

Memorabile quoque est quod monuit Antonius Massa Galesius JC. Rom. *in tractatu de judiciis bonæ fidei.n.5.* Diversa ratione dictos esse contractus bonæ fidei ab illa, qua judicia sive actiones bonæ fidei appellantur. Nam in judiciis nomen *bonæ fidei* pertinere ad potestatem judicantis, quæ ibi est laxior, quàm in strictis judiciis: In contractibus verò ad personas & animum contrahentium. Præterea in his non tàm larga significatione bonam fidem accipi, quàm in judiciis. Nam in contractibus bonæ fidei sufficere, si abest dolus, & fraus, & culpa. In judiciis autem bonæ fidei hoc non est satis: sed hoc amplius, resarciri debet etiam, si quod damnum, vel vitio rei de qua contractum est, vel aliunde provenerit. Notari hoc quoque potest quod idem Massa *d.tract. n.12.* prolixè refutat opinionem Baldi & aliorum, existimantium de æquitate canonica omnes contractus, qui sunt in mundo, esse bonæ fidei: atque ita sublatam esse Jure canonico differentiam illam, quæ est Jure civili inter bonæ fidei & stricti juris contractus: quam sententiam vocat ibi insulsam & ineptam: & hæc ausus est Bononiæ edere in Academia Papali. Nec minus vehementer pronunciat Anton. Faber, qui totus est Pontificius, *Decade 9. De erroribus pragmaticorum, Errore 1.* Aut totam Jurisprudentiam perverti necesse esse, aut eandem differentiam, quæ olim fuit inter judicia bonæ fidei & stricti juris, adhuc hodie superesse.

Porrò sicut longè plures sunt contractus nominati quàm innominati, sic etiam licet animadvertere multò majorem esse numerum contractuum, sicut & judiciorum, bonæ fidei, quàm stricti juris: ut apparet satis ex illa enumeratione, quam

facit

facit Imp. *in d. §. Actionum. Inst. de actionib.* Nam quæcunque ibi non recensentur Actiones, illæ sunt stricti juris, ut omnes fatentur Interpretes, quæ certè ibi prætermissæ sunt perpaucæ.

Jam si quæras, de utro genere contractuum hæc lex nostra loquatur, an de bonæ fidei, an de stricti juris contractibus: in promptu est quod respondeam, nempe de Contractibus & Judiciis bonæ fidei hìc agi, quod facilè intelliget is, qui per singula exempla hìc allata ire voluerit. Nullus enim hìc affertur contractus, qui non sit bonæ fidei. Deinde hoc idem confirmant etiam ipsa verba textus: *hoc enim* (inquit Ulpian.) *bonæ fidei judicio contrarium est*: quasi dicat, Nos autem hìc agimus tantùm de bonæ fidei contractibus. Eademq; est observatio Antonii Contii *in comm. ad h. L.*

Est & hoc notandum: CONTRACTUS vocabulum in h. l. sumi latè, ut etiam quasi contractus complectatur. Id manifestum est ab exemplis quasi contractuũ unà cum veris ac propriis contractibus hìc enumeratorum, ut sunt, Tutelæ, negotia gesta, rerum communio: de quibus explicatur *in tit. Inst. ante penult. lib. 3.* Similiter etiam Cajus utitur verbo contractus, ut & maleficii *in l. 1 ff. de oblig. & act.* ut sub illo etiam quasi contractus, sub hoc etiam quasi maleficia comprehendat.

Postremò notandum est, *Contractui* in Jure opponi *Distractum*: ut *in §. Is quoque. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* & *§. Item is cui. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.* juncta *l. 5 § is quoque. ff de oblig. & act.* Facit eòdem & *l. 80. prout D. de solut.* & *l. 35. Nihil tàm naturale*, cum similibus, *infra h. t.* Is, inquam, qui indebitum per errorem sibi solutum accepit, videtur magis ex distractu, quàm ex cõtractu, obligatus esse, & debere: & qui solvit, in hoc potius dare videtur, ut distrahat, quàm ut contrahat negotium, *dd. locis. Instit.* Sis Transactio quoque rectius dicitur distractus, quàm contractus; cùm præcipuè tendat ad liberandum: tametsi plerumque in ea simul remaneat vis obligandi, ut aliquid detur: quod admonet Berengarius Fernandinus *loco supr. d. num. 2* ubi etiam auctore Bartolo *in l. 1. §. 1. ff. de pactis*, Distractum ita dividit, sicut contractum, ut alius sit nominatus, alius innominatus. Nominati distractus exempla sunt Solutio, Acceptilatio, Novatio: de quibus explicatur *sub tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Innominatus contractus est, v. g. pactum de non petendo.

PROTHEORIÆ CAPUT QUARTUM,

DE DOLO.

Posteaquam de contractu, (quod erat tertium caput ex propositis suprà præmunitionibus) satis pro instituti ratione dictum est: Sequitur quarto loco, ut dicamus de iis, quæ in contractibus & quasi contractibus veniunt præstanda, vel non: Enumerantur autem *in hac l. nostra*

ista tria: *Dolus, Culpa,* & *Casus.* De his deinceps ordine & breviter explicabo, quæ videbuntur necessaria atq; utilia, ad hujus legis argumentũ plenius intelligendum; imò etiam aliis multis locis Juris civilis nonnihil lucis afferre poterunt.

Ad DOLUM quod attinet, dicenda sunt initiò pauca de nomine & origine ejus: tùm de cognatis seu idem significantibus. Ad originem nominis quod attinet, etsi dolum *à deludendo* derivat Isidorus, & Petronius *à dolendo*, & Donatus *à lædendo*, item *à dolando*, (sic enim scribit Isidorus *lib. 5. Etymol. cap. 26. de criminibus in L. constitutis: Dolus est mentis calliditas: ab eo quod deludat, aliud enim agit, & aliud simulat. Petronius aliter æstimat, dicens: quid est Judicis dolus? nimirum, ubi aliquid factum est quod legi dolet. Donatus autem interpres Terentii ad Eunuch. Dolus, inquit, à lædendo dictus est, sive à dolando, id est, minuendo. Nam & dolos Græcis læsio dicitur, & dolones tela quædam bellica, & dolare fabri, lignum est asciâ cædere.*) tamen simplicissima eademque verissima est sententia, Vocabulum esse non Latinæ, sed Græcæ originis: quod Donatus etiam videtur agnoscere. Sunt autem & alia vocabula quæ idem significant cum dolo: v.g apud Ciceronem cum dolo conjunguntur *machinæ, fallaciæ, præstigiæ, libr. 3. de natura Deorum.* Et idem *in orat. pro domo sua: Illud in primis,* inquit, *ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.* Ex quo loco Ciceronis intelligimus, *fraudem* esse idem cum dolo, quæ duo conjunguntur etiam in veteri formula, quam refert Val. Probus *in Notis: D.M.F.V.C.I.D.* id est, *Doli mali fraudis ve causa judicium dabo,* quæ sunt verba ex Edicto Prætoris desumpta. Non probo igitur, quod Jacob. Rævardus, eumque secutus Marcus Antonius del Rio inter *fraudem* & *dolum* sic distinguunt, ut per fraudem intelligatur lata culpa, quæ est dolo proxima, ut paulò post dicetur. Nec magis probo aliorum distinctiones; ut primò, cum aliqui putant, fraudem dici etiamsi non adfuerit consilium & animus decipiendi; sed cum quis vel à seipso suaque facilitate, vel ex eventu deceptus est & fraudatus. Huic enim sententiæ manifestè repugnat Papinianus *in l. 79. Fraudis interpretatio, infrà h. tit. de Reg. juris.* & Julianus *in l. si quis cum haberet. ff. Quæ in fraudem credit:* juncto *§. in fraudem, vers. prævaluisse. Inst, quib. ex caus. manum. non licet.* & *l. 7. ff. Qui & à quib. man. lib. non fiunt.* ubi nihil aliud est *consilium fraudulentum*, quàm dolus, quod *consilium fraudis* Imp. Alexand. vocat *in l. 1. C. qui manumitt. non possunt.* Secundò, quòd alii putant dolum spectari in factis; fraudem in verbis: qua de re videatur Alciatus *de verborum significationibus.* Sed hæc quoque distinctio est commentitia. Tertiò, quòd dolum volunt fieri clàm, fraudem verò palàm. Nam imò etiam fraus æquè fit clàm & per insidias, atque dolus: idque sensit & Cicero, cùm *in primo de officiis* fraudem aut esse vulpeculæ, & odio dignam majore, quàm vim, quæ sit leonis, bestiæ scilicet generosioris, & quæ nihil insidiosè occultare novit: Et fraus inest dolo, ut ait Ulp. *in l. 7. §. sed si fraudandi. ff de pactis.* Repudiatis itaque hujusmodi ficulneis distinctionibus pro eodem habeamus dolum & fraudem. Quam fraudem idem Ulpianus & ipsam noxiam dici scribit: & quasi quandam præparationem pœnæ esse ait, *in l. aliud est fraus. ff. de verb sign.* Sic ab eodem Ulpiano *in l. 7 §. dolo malo. ff. de pactis*, conjunguntur *dolus malus, calliditas, & fallacia*: & apud eundem pro eodem accipiuntur *dolus*, cal-

calliditas, fallacia, & machinatio, in l.1. ff. de dolo malo. Et alibi cum dolo malo conjungit idem Ulpianus & pro eodem habet, *nequitiam*: ut *in l.23. Cum autem. §. excipitur. ff. de Ædilitio edicto.* ubi explicat quid sit, *fraudē capitalem admittere*: & addit: Veteres fraudem pro pœna solitos ponere: quod videre licet in his formulis; ut cum dicunt sine fraude in Jus vocare, *l. 8. Qui accusare. ff. de Accus. l.32. Nec magistratib. ff. de injuriis. l.26. sed etsi. §. Ait prætor. ff. Ex quib. causis majores.* Item pecuniam sine fraude sua capere. *l.1. in pr. ff. ad l. Falcid* Quod etiam est apud Val. Probum *in Notis antiquis litera S. ibi: S. F. S. h. e. sine fraude sua.* In quibus omnibus locutionibus agnoscere licet tropum Metonymiæ. Ponitur enim nomen causæ pro effectu, sive nomen antecedentis pro consequente. Sic *dolosam mentem & absconditam machinationem* pro eodem habet Imp. *in l. ult. vers. justum est. C. de litigiosis.* Sic cum dolo malo idem valet *mala fides.* Nam cùm dolus contrarius sit bonæ fidei, ut ait *l. 5. C. de resc. vendit.* & bonæ fidei opponatur mala fides. *l. certum est. 22. C. de rei vind.* & *§. si quis à non domino. Instit. de rerum divisione.* juncto *§. & si in rem. Instit. de officio judicis, alijsq; locis juris plurimis*; manifestum est, etiam malam fidem, (quæ alibi dicitur *perfidia*, ut in *l. pen. C. depositi.* & interdum *malitia*, ut in *l.1. in pr. ff. de dolo malo. l.31. bona fides. ff. depositi.* & *l.38 in fundo. ff. de rei vindication.* & *mala malitia* apud Plautum *in Aulularia*) cum dolo esse eandem. Atque hæc de plerisque vocabulis æquipollentibus dolo: de quibus plura videri possunt in Lexicis. Sicut autem alia in Jure pariter, & Latina ac Græca lingua sunt vocabula mediæ significationis, quæ Græci vocant μέσα, Latini media: (v.g. Venenum, pharmacum, & medicamentum, aliud bonum est, aliud malum. *l.136. qui venenum. ff. de verb. sign.* juncta *l. quod sæpè. 35. §. veneni mali. ff. de contrahenda emptione.* & *l.3. §.1. & 2. ff. ad L. Cornel. de sicariis.* Item, Libido alia est bona, alia mala; ut apud Salustium *in epistola ad Cæsar. de rep. ordinanda*: *Quod si tibi bona libido fuerit patriæ, parentibus gratificandi, &c.*) Sic etiam DOLI appellatio ex hoc genere est. Notavit hoc præter Ulpianum *in l. 1. §. Non fuit. ff. de dolo malo,* etiam Sex. Pompejus Festus. Utriusque auctoris verba inter se conferemus. Ulpianus sic ait: *Non fuit contentus Prætor, dolum dicere, sed adjecit malum: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant: maximè si adversus hostem latronemve quis machinetur.* Festus autem, sive magis abbreviator ejus Paulus Diaconus sic scribit: *Doli vocabulo nunc tantùm in malis utimur: apud Antiquos autem etiam in bonis rebus utebantur: unde adhuc dicimus: sine dolo malo, nimirum, quia solebat dici & bonus.* Notandum autem, quotiescunque absolutè & sine adjectione aliqua positum legimus *dolum*, intelligi debere dolum malum: ut aliquoties in hac ipsa lege, & aliis locis infinitis, quod & Delrio annotavit *cap. 1. n.2.* Porrò de dolo bono insignis est locus apud Chrysostomum *libr.1. de Sacerdotio*: ubi sic ait: *Fraus ipsa non semper incommoda est, sed pro eorum qui eam adhibent, animo atque consilio, bona malæq; rei nomen sortitur.* Idemque Chrysostomus *homil. 6. in 2. capit. epistolæ ad Coloss.* ait: Paulum ibi non frustra dicere *inanem deceptionem*, quia sit etiam quædam bona deceptio & fraus, qua multi fuerint decepti in bonum, quæque non sit fraus appellanda. Adducit deinde locum ex *Hieremiæ cap.20.* ubi Pro-

phe-

pheta ad Deum: *Decepisti me*, inquit, *Domine, & deceptus sum*. Allegat quoque exemplum Jacobi decipientis patrem Isaacum, *Gen.27*. Sic Basilius Magnus etiam *in Exposit. Proverb. Salom.* scribit esse quandam vafritiem bonam & laudabilem. (*εἶναί τινα καλὴν καὶ ἐπαινετὴν πανουργίαν.*) Et Æschylus, fraudem quandam agnoscit justam, cui ne Deum quidem denegare auxilium suū testatur, Ἀπάτης δικαίας οὐκ ἀποστατεῖ θεός: quæ *fraus justa* nihil aliud est, quàm *dolus bonus*, de quo hic agimus, quem & Quintus sive Cointus Smyrnæus *in Paralipomenis Homericis* aliquoties vocavit δόλον ἐσθλόν.

Prius verò quàm pergamus ad definitionem doli mali quæ extat *in l.1.§.2.ff.de dolo malo*, & *in l.7 § dolo malo ff. de pactis*: operæ pretium me facturum, & auditores jucunda quadam varietate recreaturum confido, si illustria quædam doli boni exempla recensuero ex optimis probatissimisque scriptoribus. Nihil autem hic dicam de strategematibus, ad quæ allusit Ulpianus in *d. l.1 §.3. Non fuit. ff. de dolo malo*, cùm ait, *si adversus hostem quis machinetur*. Hujusmodi enim strategematis pleni sunt & Historicorum libri, & ex professo de ijsdem scripserunt totos libros, ex Latinis quidem Julius Frontinus, ex Græcis Polyænus. Nuperrimè quoque Elias Reusnerus Professor Jenensis integrum de hoc argumento volumen emisit. Non attingam hìc nobilem illam quæstionem, quam Interpretes movent occasione verborum *in textu d.l.1.* Utrum hosti aut latroni datam fidem servare oporteat: de qua post veterum Interpretum disputationes videri potest Franc. Hotoman. *in illustrib. quæstionib.* Cui & illa quæstio est vicina: an Hæretico data fides servanda sit: de qua alibi tractavi. Porrò inter exempla doli boni, meritò primum sibi locum vindicant, illa quæ in sacris bibliis extant. Tale est in historia Abrahami, quod semel atque iterum Patriarcha ille uxorem Saram finxit esse sororem suam, metu periculi, & quò magis consuleret saluti suæ inter Barbaros, ut notum est ex *Gen. cap.12. vers.13. & 19. & cap.20. v.2. & 5.* Quod patris exemplum posteà imitatus est & filius Isaacus in uxore sua Rebecca, *Gen.26.v.7.* Sic idem Abrahamus Dei jussu mactaturus unicum filium, aliud prę se tulit, nempe se pecudem aliquam pro victima immolaturum Deo, *Gen.22.v.8.* Sic dolus bonus fuit solertia illa Jacobi, qui de consilio matris circumvenit patrem Isaacum præ senectute jam cæcutientem, ab eoque astu impetravit benedictionem debitam primogenito filio, atque ita defraudavit fratrem Esau. *Gen.27.* Tametsi is, ut homo profanus, jam anteà jura primogenituræ fratri natu minori vendiderat pro pulmento, ut scriptum legimus *Gen.25.v.31. & seqq.* Quod ejus factum graviter reprehendit Paulus *ad Hebr. cap.12.v.16. & seq.* Deque eadem venditione quod per pœnitentiam venditoris revocari non potuerit, valdè eruditè & Juri civili cōvenienter disputat S. Isidorus *lib.4 epistola 26.* Aliud exemplum doli boni præbet illa Jacobi industria, quam adhibuit in procuranda conceptione agnorum diversi coloris & maculosorum, ut præ socero suo iniquo homine copiosis gregibus locupletaretur. *Gen.30.v.37. & seqq.* Rursum aliud exemplum est in uxore Jacobi Rachele, quæ in discessu à patre suo Labane idola ejus furata mirifico astu abscondit, eisque insidens nec patri illa quærenti assurgens finxit, se menstruum pati fluxum, atque ita astutè sollicitudinem quærentis delusit. *Genes.31. vers.34. & seq.*

Aliud

Aliud exemplum est in historia Josephi *Genes.* 44. ubi Josephus olim à fratribus venditus, jam verò in summa dignitate, & quidem Regiæ proxima constitutus, quò magis anxios redderet fratres, qui ad frumentum emendum in Ægyptum venerant, eosque in se descendere, suaque scelera agnoscere cogeret; hunc excogitavit dolum bonum, ut scyphum suum argenteum juberet in saccum fratris natu minimi in summo includere, quo in inquisitione penes ipsum deprehenso furti arguere fratrem, ac pro servo secum retinere posset. Aliud celeberrimum exemplum doli boni extat *Exodi 11. v. 35. & seq.* in Jacobi posteris Israëlitis, quo adversus Ægyptios usi sunt jam jam ex ipsorum regione jussu Dei emigraturi. Nam vasa pretiosa aurea & argentea, nec non vestimenta quasi commodato ab ipsis sumpserunt, & secum asportârunt: idque Deo ipso probante & prædicente, & gratiam quoque ipsis largiente apud Ægyptios, *Exodi 3. v penult. & ult.* item *Exodi cap.* 11. *v.* 2. *&* 3. Cum alioquin ita essent detestabiles & exosi Ægyptiis Hebræi, ut cibum unà capere nefas haberent, *Gen. 43. v. 32.* & *cap. 46. v. ult.* De illius verò facti justitia & æquitate multa multi Sanctorum Patrum disputaverunt, idque à furti crimine defendere laborârunt: ut videre licet apud Tertullianum *libr. 2. adversus Marcionem cap.* 20. & apud Augustinum *in Quæstion. in Exod. quæst.* 39. & apud Theodoretum *quæst. 23. in Exodum.* item apud Isidorum Pelusiotam *lib. 1. epistol.* 196. & *libr. 4. epistol.* 87. Plerique autem in eo conveniunt; quòd, quia Ægyptii Hebræos diu pressérant laboribus durissimis, nullâ pro eis mercede persolutâ, æquissimum fuerit, ut hac ratione loco mercedis, & pro compensatione laborum, secum auferrent ipsorum res pretiosas à Deo ipso sibi addictas. Sed hoc obiter. Ad alia pergamus doli boni exempla. Talis etiam videri potest in historia sacra populi Judaici illa calliditas, qua usi sunt Gabaonitæ, *Josue cap.* 9. qui cum essent devoti, & destinati exitio atque internecioni, Josuam fraude circumvenerunt, ab eoque pacem impetrârunt; simulantes, se ex longinquis regionibus advenisse oratum pacem, & ut sibi parceretur; cum tamen in media palæstina habitarent. Sic historia Davidis aliud exemplum doli boni præbet, ubi Jonathas fidelissimum amicum insidiis & violentiæ patris Saulis ereptum dolo quodam bono præmonet de cavendo vitæ periculo, ut describitur latè 1. *Reg. cap.* 20. Rursum aliud exemplum doli boni præbet idem David, quando in exilio suo ad Regem Achis diverterat, & simulata insania insidias declinavit, quas sibi à barbari Regis aulicis strui animadverterat, 1. *Reg. cap.* 21. Sic & Nathan Propheta dolo bono aggressus est Regem Davidem, proposito ipsi apologo de unica ove pauperis, erepta ei per divitem πολύμηλον, quo nimirùm faciliùs adduceret Regem ad confessionem proprii criminis, & seriam pœnitentiam. Atque hæc sufficiant de exemplis, quæ ex sacris literis sunt deprompta.

Addamus & alia pauca aliunde desumpta. Inprimis verò nobile est doli boni exemplum in medicis, quorum solertiam in propinandis amaris pharmacis lepidissimè describit Lucretius *libr. 1. de Natur. Rerum*, ubi ait, se quoque illos imitari, dum sicut medici amara, & ingrati saporis pocula dulci liquore exterius tincta propinant ægrotis, maximeque pueris: ita ipse tristia & severa atque obscura philosophiæ dogmata dulcedine & perspicuitate suorum carminum hominibus cō-

dem quibus extingui posset febrilis ardor aversabatur, contrà verò appetebat talia quæ exitium ipsi afferre potuissent: & omnes ad se ingressos observabat, ut merum copiosum sibi præberent, quo sitim expleret. Verum si quis morem gessisset pernicioſæ ipsius cupiditati, non solùm magis magisq; accendisset febrem, verum etiam ad insaniam ipsum redegisset. Hic igitur quid faciendum fuit? Cum ars medica deficeret, nec ullam inveniret rationem salutis, sed penitus de suo loco deturbata esset, in locum ejus succedens fraus, vim suam ad ægri sanitatem conferens declaravit. Medicus enim recens vas testaceum ex figulina arreptum, cum etiam nunc caleret à camino demersit in vinum, indeq; mox retractum, sed inane, implevit aquâ. Tum ne fortè dolus, quem meditabatur ad ægri salutem, lumine pateficeret, curabat conclave illud, in quo æger decumbebat, multis appensis velis obscurari: sic deinde vas aqua repletum, & tamen intereà redolens vinum, quo recens testa fuerat imbuta, ægro porrexit educendum. At ille etiam antequàm manu vas contingeret odore vini afflatus nihil amplius inquirens de genere potus sibi porrecti, qualis esset, mox odori soli fidem habuit, & simul tenebris circumventus, ac vehementiâ cupiditatis impulsus, inq; fraudem illectus, magnâ alacritate aquam ex vase porrecto hausit: atque ita impletus, non modò sitim intolerabilem restinxit, sed etiam æstum febrilem depulit, ac vitæ periculum sibi impendens evasit. Tantum ei lucrum attulit ista fraudis deceptio, & plus arte doctâ valuit. Hæc ibi Chrysostomus de medici dolo bono & salutari. Idem Chrysostomus *lib. 1. adversus Judæos* non absimilem habet locum, ubi ipsius Dei institutum in gente Judaicâ confert cum facto medici in curando ægroto: *Deus*, inquit Chrysostomus, *dum sacrificia permisit populo Judaico, morē gessit infirmitati ejus, quod videret proclives ad cultum Idolorum, & per Idololatriam perituros, nisi ipsis indulgeret, victimarum immolationem. Nec diu pòst tamen ipsum locum, in quo uno omnem sui cultum peragi voluit* (intellige urbem Hierosolymam *) confregit atque evertit, ne amplius sacrificia celebrare posset. Non aliter solet medicus, qui videns hominem febricitantem morosum, sibiq; minimè temperantem, si aquam frigidam bibere concupiscat, periturum nî accipiat, planeq; futurum, ut vel ad laqueum confugiat, vel seipsum è sublimi det præcipitem: permittit ei id in quo minus est mali, studio declinandi alterius majoris ac præsentanei mali; videlicet hoc agens, ut à violentâ morte ipsum revocet. Deinde posteaquam indulsit appetitui laborantis, mox è suis ædibus allata phiala præcipit, ut ex nullo alio poculo aquam bibat, nisi perire velit. Sic persuaso ægroto ut in animum inducat medico morem gerere, clanculum mandat astantibus & ministrantibus, ut illam phialam medici, ex qua sola ægrum bibere ex præscripto medici oportebat, quasi per negligentiam seu casu confringant. Ita fit, ut æger de dolo nihil suspicans, ab illa sibi noxia futura cupiditate aquam frigidam bibendi abstrahatur.* Hæc de medicorum dolo bono: cujus generis multò plura exempla proferri poterant: præsertim in Melancolicis morbis curandis usurpata, sed ea petere licet, ex observationibus Schenckii medici Friburgensis, & aliorum, sanè mirificis & sæpè ridiculis. Adjungamus his etiam matrum & nutricum solertiam: quæ cùm infantes jam paulò firmiores ablactari & solidiori cibo assuefacere meditantur, quò faciliùs ipsos lacte depellant, hac utuntur arte & fallaciâ, ut pa-

pillas succis amaris illinant. Sic enim infantes dum ab illâ amaritie abhorrẽt, simul etiam lactis suctionem omittunt ac repudiant: & paulatim pristinæ sibiq; gratissimæ consuetudinis obliviscuntur. De hac re item pulcherrimus est locus apud Chrysostomum *homilia 17. in Matthaeum*, Ubi prolixè per inductionem docet, non omnia omnibus vel temporibus, vel hominibus cõvenire, & apta esse. *Mammilla*, inquit, *nutricis, cum omne suum impleverit officium, & puerum ad mensuram firmioris ætatis adduxerit inutilis videtur: & parentes, qui prius necessariam filio suo esse judicabant, posteà mille eam irrisionibus prosequuntur: pleriq; autem eam non solùm verbis horribilem faciunt: sed etiam amaris quibusdam herbarum succis oblinunt: ut cum sermone nequiverint importunum jam circa illam pueri desiderium compescere, ipsis saltem rebus illud extinguant.*

Non debui superiùs omittere exemplum doli boni, quod illustre extat in historia Salomonis, *lib. 3. Reg. cap. 3.* Ubi sapientissimus Regum in judicio inter duas fœminas de suis infantibus contendentes, quorum alter noctu oppressus erat superstite altero, ut indagaret utra earum esset mater superstitis, finxit se velle jubere infantem superstitem gladio dissecari medium, & inter ambas partiri, quoniam àliter veritas patefieri non possit: quo facto manifesta elicuit indicia στοργῆς φυσικῆς maternæ: unde collegit quænam esset mater viventis, quod exemplum tantò libentius addo superioribus: quia & Accursius illud affert ad *l. 1. ff. de dolo malo*, in verbo: *servat*: ubi alia quoque plura doli boni exempla annotavit.

Sed jam tempus est à *dolo bono* transire ad *dolum malum*, qui etiam (ut suprà admonui) toties intelligi debet, quoties absolutè *dolus* nominatur, quod & Antonius Faber annotavit *in Rationalibus Pandectarum ad dict. l. 1. §. non fuit. ff. de dolo malo.* Quod igitur attinet ad Doli mali DEFINITIONEM, sicuti aliarum rerum sæpè fuit dissensio inter veteres JCtos, propter naturalem scilicet hominum ad dissentiendum facilitatem, quæ dicitur in *l. 17. Item si unus §. principaliter. ff. de receptis arbitris.* Ita hic quoque dissenserunt circa definitionem doli mali: quam nõ unam neque eandem omnes aut tradiderunt aut probârunt. Cajus Aquilius Gallus collega & familiaris Ciceronis, qui primus formulas de dolo malo invenit & protulit, interrogatus quid esset dolus malus, respõdit, *cum aliud esset simulatum, aliud actum*, ut testatur Cic. *in 3 de offic.* & *lib. 3. de Nat. Deor.* ubi judicium de dolo elegantissimè appellat *everriculum omnium malitiarum.* Quodque Aquilius hanc voluerit esse definitionem apparet vel ex illis verbis Ciceronis quæ *in d. loco off.* subijcit: *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioq; tollenda est.* Et mox: *Dolus autem malus simulatione & dissimulatione, ut ait Aquilius, continetur.* Hanc definitionem, sicut discimus ex *l. 1. §. 2. ff. de dolo malo*, amplexus est etiam Servius Sulpitius, qui & ipse summus fuit amicus Ciceronis, ut notum est tàm ex *epistolis*, quàm ex *Philippica 9.* Sed addidit Servius nonnulla verba, sic enim ait: *Dolum malum esse machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur.* Possumus autem dicere, illa verba quæ addidit Servius, nequaquam voluisse Aquilium excludere: sed potiùs modis omnibus subintelligi & præsupponi: iccircò autem ea non expresse posuisse, quod satis obvia cujuslibet intellectui ea esse viderentur, simulatque audierit quis

dolum

dolum malum nominari. Nam qui dolum malum committit, is non facit aliquid quod alteri prosit, sed magis ut ei incommodet, ac noceat, sua deceptione, & machinatione. Argumentum est, quod & Paulus (quo tamen non facilè quisquam ex JCtis accuratior esse solet) *lib 1. sent. tit. 8.* non aliter definit quàm Aquilius. *Dolus malus*, inquit, *est, cum aliud agitur, aliud simulatur.* Et S. Augustinus eandem retinuit in hoc insigni loco, quem subijciam *ex ipsius tract. 7. in Ioannem: Dolus fraus est, simulatio est. Quando aliquis aliud in corde tegit, & aliud loquitur, dolus est: & tanquam duo corda habet: & omnis qui verba Latina intelligit, scit quia dolus est cum aliud agitur, & aliud fingitur.* Valde quoque huc facit locus Basilii Magni, qui in Asceticis distinguens inter *dolum & κακοήθειαν*, id est, *malignitatem indolis*; ait hanc quidem esse primam illam & reconditam atque occultam ingenii perversitatem: (Sallustius vocat *ingenium malum pravumq́;*) illum verò, quando insita illa & interior malitia foras prorumpens sese exserit ad struendas alteri insidias: dum quis præ se fert figuram ac speciem alicujus boni: idque velut escam sive illecebram alteri obijciens, eo ipso interim suas insidias peragit. Cum definitione Servii ferè congruit illa Sexti Pedij *in l. 7. §. dolo malo. ff. de pactis. Dolus malus*, inquit, *fit calliditate & fallacia, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, & aliud agi simulatur.* Neq; verò ullum mihi dubium est, quin omnes illi, qui in definitione doli posuerunt *simulationem & dissimulationem*; habuerint ante oculos insignem Homeri locum, quo quidam detestatur, & abominatur omnes eos, quicunque loquuntur ore aliud, tacitoque aliud sub pectore condunt, eos inquam non minore odio, quàm ipsas Orci portas se prosequi profitetur.

Has tamen definitiones reprehendisse scribitur Labeo: & ipse dolum malum aliter definivisse: nempe quòd sit *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Etsi autem fortassis in hac quoque Labeonis definitione (quam non video quo argumento quidam abjudicare conentur Labeoni, & asscribere Triboniano) non minùs multa, si quis argutari vellet, aut nodum in scirpo (quod dicitur) quærere, reprehendi & carpi possent; quàm in definitione Aquiliana & Serviana (usque adeò periculosæ plenum opus aleæ est, rectè & commodè definire. *arg. l. omnis definitio. infrà h. t. & ibi Dd. vulgò*: vel etiam ubi probè definieris, ab omnibus probè intelligi, & malignitatis atque calumniæ dentes effugere) tamen nunc illam retinebimus pro bona & perfecta, breviterque examinabimus.

Cum autem omnis definitio debeat constare ex genere & differentia, cumque suo definito converti seu reciprocari: in hac definitione loco generis tria ista ponuntur: *calliditas, fallacia, machinatio*: quæ verba tametsi aliquando pro æquipollentibus usurpata reperiuntur, tamen ne quis fortè existimet, tautologiam vel redundantiam quandam inanem, otiosam atq; odiosam à Labeone cõmissam esse, præstat inter ea distinguere, sicut etiam Accursius ipse distinguit *in gl. d. l. 1. de dolo malo*, nempe ut *calliditas* consistat in animo, & tacendo committatur: *fallacia* fiat mentiendo, & in verbis consistit: *machinatio* denique in factis posita sit.

Non enim probo quod Accursius scribit machinationem esse eam, quæ fiat arte verborum. Nam hac ratione nihil differret machinatio à fallacia, quæ & ipsa fit verbis, *ut sup. dict. est.*

Sequentia verba habent rationem differentiæ, & significant causam finalem: [*ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.*] Nisi enim is qui quid agit callidè & fallaciter quique aliquid machinatur, hunc sibi propositum habeat finem ac scopum, ut alium lædat (sive hoc fiat circumveniendo, sive fallendo, sive decipiendo.) propriè loquendo non erit dolus. Nam etsi res ipsa quoque interdum in se habet dolum *l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb obl.* tamen is est potiùs dolus ex eventu, quam ex proposito; atque ita impropriè dicitur dolus. Monet autem Accursius *in verbo. Circumveniendum,* singula horum verborum singulis præcedentibus esse reddenda: ubi hoc vult, verbum *circumvenire* respondere *calliditati: fallere* respondere *fallaciæ: decipere, machinationi.* Non frustrà etiam additur [*alterum*] quia videlicet si quis hoc agat ut se ipsum fallat aut decipiat (quod quidem longè facilimum esset ait Demosthenes & Cæsar: quod enim volumus, hoc libenter etiam credimus, nobisque persuademus id non aliter se habere, tametsi plerumque res longè aliter sit comparata.) non propriè est dicendus dolus. Nam neque injuria propriè est adversus semetipsum, sed adversus alterum, sicut & jus & justitia. Hinc qui se ipsum decipit, neminem alium habet de quo jure conqueri possit, aut, qui hoc nomine ipsi sit obnoxius: Sed is tantum qui ab altero est circumventus, de dolo actionem adversus eum habet.

Illud non insubtiliter animadvertit Giphanius *in comm. ad d. l. 1. ff. de dolo malo,* Servium in sua definitione aliam spectasse notionem Doli; & Labeonem aliam in sua ante oculos habuisse. Serviana doli notio, & quidem propria, hæc est: qua dolus significat calliditatem quandam conjunctam cum studio occultandi: altera verò notio est qua dolus idem valet, quod proæresis, sive propositum animi & consilium malignum: ac passim locorum in Jure opponitur imprudentiæ, errori, imperitiæ, rusticitati, item casui fortuito vel etiam lusui & joco.

Plura de diversis illis definitionibus, videri possunt apud Giphanium ut esset apud Franc. Hotomannum *in Comm. ad orat. Cic. pro Cæcinna & lib. 1. observat. cap. 20. & lib. 4. cap. 4.* Item apud Duarenum, & Cuiacium *lib. 3. obs. & in comment. ad tit. ff. de dolo malo.* Qui etiam *in paratit. ff.* sic definit; *dolus malus,* inquit, *est ratio vafra decipiens alium alio nomine vacans.*

De cæteris hujus definitionis membris nihil dicam, quia satis intelliguntur ex superioribus: Tantum restat ut videamus quare extremam illam clausulam adjecerit. Quod ipsum duabus potissimum de causis fecisse arbitror. Prima est, quia de dolo actio non datur, quotiescunque res aliâ vel actione vel exceptione servari potest *d. l. 1. §. ait prætor. ff. de dolo malo.* v. g. Si dolus malus intervenerit in emptione, in locatione, in societate, & aliis hujus modi contractibus, non datur actio de dolo. Cur ita? Quia sufficit illa actio, quæ ex eo ipso contractu competit: v. g. Actio empti venditi, locati conducti, societatis, &c. Cum igitur per talem actionem, quæ non est famosa, possit corrigi id quod dolo factum est; non est necesse, ut ad hanc odiosam & famosam actionem recurratur. Parcendum enim

enim duxerunt legislatores famæ hominis, quantum omninò fieri posſit: cum fama & vita hominis ęquiparentur, & (ut ajunt) pari paſſu ambulēt: ac ſemel amiſſa non poſſint revocari. Altera cauſa eſt, quia omnia delicta & crimina committuntur quidem non abſque dolo: (nam ſi factum dolo vacet, non erit verè delictum aut crimen) veruntamen illorum pleraque habent ſuum peculiare ac proprium nomen: v. g. aliud dicitur furtum: aliud rapina, ſeu vis: aliud injuria: aliud damnum: aliud homicidium: aliud adulterium: aliud expilatio hereditatis: aliud violatio ſepulcri: aliud perjurium: aliud falſum: aliud perduellio, ſeu crimen læſæ Maieſtatis: aliud blaſphemia: aliud ſacrilegium: aliud magia, item ſortilegium: aliud ſimonia: aliud hæreſis: & quis omnia maleficia enumerare poſſit? quorum nullum eſt quod non in ſe contineat dolum: ſed non propterea dicitur dolus malus, aut actionem de dolo parit. Vel ſi nomen ſpeciale ſive titulum criminis non habeant, (ut quædam ſunt) ad ſtellionatus crimen velut ad locum communem quendam referuntur. *l. 3. §. 1. ff. de crimine ſtellionatus*, ubi eleganter Ulpianus ait: *quod in privatis judiciis eſt de dolo actio: hoc in criminibus, ſtellionatus perſecutio*: Quæ verba ex jam dictis ſatis intelliguntur. Atq; ex hoc ipſo loco videtur Cuiacius ſumpſiſſe illam definitionis ſuæ particulam, quæ pertinet ad differentiam conſtituendam.

Sed ei, quod ſuprà ex Cicerone diximus, Aquilium primum inveniſſe formulas de dolo; obſtare videtur, quòd multò ante natum Aquilium dolus etiam legibus antiquiſsimis fuerit vindicatus: v. g. Lege XII. Tabularum, Lege Lætoria. Deinde & judiciis bonæ fidei; ut ipſe teſtatur Cicero *lib. 3. de offic.* Quorſum ergo (inquit quiſpiam) opus fuit novis formulis ab Aquilio adinventis: quandoquidem aliæ LL. itemq; judicia bonæ fidei dolum ſatis vindicabant? An non igitur ſupervacua hic fuit diligentia Aquilii, novum quoddam everriculum malitiarum excogitantis? Reſpondeo non omnis dolus illis quas diximus legibus aut judiciis vindicabatur, vel emendabatur: ſed tantùm paucæ doli ſpecies. v. g. per legem XII. Tabularum dolus in tutela admiſſus: Deinde per Legem Lætoriam coërcebatur tantùm circumſcriptio adoleſcentum, quæ hodie per Edictum Prætoris de Reſtitutione minorum 25. annis corrigitur. *toto tit. ff. & C. de Minor. 25. annis.* Deniq; per judicia bonæ fidei is tantùm dolus emendatur, qui in contractibus bonæ fidei, ex quibus illæ actiones naſcuntur, adhibitus fuit. Quia verò dolus eſt multiplex, & longè latius patet, eumq; corrigi & coërceri non minùs intereſt Reipublicæ: Idcirco Aquilius viam ac rationem invenit laxiorem, qua id fieri poſſet, novis excogitatis & traditis formulis de dolo malo: hoc eſt, non ſolùm propria quadam formula, quæ appellatur *Actio de dolo*: (ſæpè enim formulæ ſignificant ipſas actiones: ut *formula hypothecaria*, ad quam ſcripſit Martianus JC. nihil aliud eſt, quàm *Actio hypothecaria.*) verum etiam ſtipulatione ſeu cautione doli mali: v. g. *dolum malum abeſſe, abfuturumq; eſſe*: quod Græcis eſt ἄνευ δόλου καὶ ἀπάτης: Germanis, ohn arge liſt vnd geſchrde. De qua fit mentio in Inſtit. *tit. de diviſ. ſtipul.* & in *l. 38. ſtipulatio iſta §. ſi quis dolum. l. 53. ſtipulationes l. 119 doli clauſula*, & *l. 121. Ex ea parte. in pr. ff. de verb. obl.* Item in *l. 69. Hac verba ff. de verb. ſignif.* Non dubito quoque quin etiam exceptionem doli mali, ejuſq; formulas,

mulas, invenerit idem Aquilius: de qua videatur *tit. ff. de doli mali & metus exceptione.*

Satis hucusque dictum & de definitione doli mali & de origine, sive de auctore formularum doli mali. Proximum esse videtur, ut cognoscamus num quæ sint DIVISIONES. Et quidem primo à JC. dolus ita distinguitur; ut alius sit *præteritus*, alius *futurus*: Quorum de priore licita sit pactio, qua ille remittatur, ne scilicet de illo agi possit: De altero non liceat pacisci. Cujus differentiæ ratio est, quia istud pactum, de dolo futuro ne quis teneatur, invitaret homines ad delinquendum; atque ita esset contra bonos mores: alterum verò quo alicui fit gratia doli præteriti, non item. Factum enim non potest fieri infectum. *l. 5. Illud convenire. ff. de pactis dotal. l. 27. si unus. §. Illud. ff. de pactis. cum similibus.* Sed hac de re pleniùs agetur infrà, quando ipsam Regulam nostram per suas Enunciationes distributam evoluemus. Nunc enim præludia tantùm tradimus.

Deindè Interpretes vulgò dolum faciunt alium *verum*, alium *præsumptum.* Bartolus *in l. Quod Nerva. ff. depositi.* Paulus Castrensis *ad l. 6. D. lum. Cod. de dolo malo.* Parisius Card. *consil. 49. n. 30. & duobus seqq. volum. 1.* Dolum *præsumptum* vocant, quem Lex vel Jus ipsum præsumit intervenisse in aliquo actu: puta dum quis non observavit formam à lege præscriptam: item cum quis enormissimè est læsus &c. Et hunc dolum præsumptum alia probatione non indigere: ut docet Parisius *Consil. 100. n. 68. volum. 2.* Dolum *verum*, sive realiter commissum, vocant eum qui apparet & probatur ex indiciis & conjecturis. *l. 6. C. de dolo malo,* ubi pro eo quod vulgò legitur [*ex indiciis*] Cuiacius *lib. 11. obs. cap. 11.* putat restituendum esse [*ex insidiis*] Hanc tamen vulgarem Dd. divisionem doli mali quidam repudiant, ut Joan. Oldendorpius *in præf. ad classes actionum, tit. de dolo*: ubi ait magis obscuram quàm utilem esse hanc distinctionem de dolo vero & præsumpto: nihilque nisi excusationem fraudis suppeditare. Videatur etiã Pard. Prateus *in Lexic. Jur. in verbis: dolus malus*: ubi ait: & omnem calliditatem contra Jus adhibitam ad alterum decipiendum, verè esse dolum malum: & omnem dolum malum esse etiam præsumptum: quia non possit probari, nisi indiciis & præsumptione: quamvis dolum præsumptum vulgò putent non indigere alia probatione: ut est apud Parisium *Cons. 100. n. 68. vol. 1.* Sed JCti. veteres promiscuè his verbis uti solent: *dolum esse*, vel *dolo facere*, & *videri aliquem dolo fecisse.* Cum hac autem divisione ferè convenit illa altera; qua dolus alius dicitur esse *ex proposito*, alius *ex re ipsa*: de qua explicari solet *ad l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb. obl.* & de ea agit Parisius *Cons. 99. n. 20.*

Prætereà sunt qui partiantur dolum in *simplicem*, quem volunt fieri sine consilio, sineq; proæresi: & in *deliberatum*, qui est conjunctus cum proæresi: & deniq; in *insidiosum ac proditorium*, qui specie amicitiæ committitur: ut exemplum habemus in Joabo, in Historia Davidis, & apud Evangelistas in Juda proditore. Sed hanc divisionem refutat Gifanius *in comment. de divis. Iuris, n. 87.* quia scilicet nullus sit dolus sine proæresi: & quia in omni dolo latent insidiæ: deniq; quia vel maximè ille dolus habeat insidias, quem vocant proditorium. Ibidem quoq; reijcit sententiam Cognoli, qui commentus sit quinque Species doli.

PRO-

PROTHEORIÆ CAPUT QUINTUM.

DE CULPA.

TRanſeamus à DOLO ad CULPAM. Hoc enim erat alterum ex ſuprà propoſitis, quæ in contractibus præſtentur.

Initiò notanda eſt varia SIGNIFICATIO VOCABULI. Nam Culpa nonnunquam generaliter & latiſſimè uſurpatur etiam de dolo, & quovis maleficio: ut cum Horatius ait:

Culpam pœna premit comes.

Item cum Cicero ſcribit 1. *de officijs*, Cavendum eſſe, ne major pœna quàm culpa ſit. Idemque *in epiſtolis*, Sapientis eſſe nihil præſtare præter culpam. Sic vacare culpâ maximum ſolatium eſſe dicitur. Sic Catullus:

------ Tantum tibi gaudium in omni
Culpa eſt, in quacunq; eſt aliquid ſceleris.

Altera notione Culpa in ſpecie ſumitur; ita ut diſtinguatur à dolo, & maleficio, eique opponatur: quod & in hac lege noſtra fit, & plerisque locis Juris noſtri, ubi culpæ nomen reperitur. Ex quibus apparet, priorem illam ſignificationem huc non pertinere: ſed tantùm poſteriorem & ſpecialem; qua culpa denotat quãdam negligentiam, ſocordiam, deſidiam, ſegnitiem, imprudentiam, inconſiderantiam, inertiam, ineptiam, ruſticitatem, ſimplicitatem, ignorantiam, atque imperitiam. His enim vocabulis omnibus ſæpè promiſcuè utuntur & JCti & Impp. *vid. l.236. Magna. ff. de verb. ſignif. & ibi Dd. §. præterea. Inſt. Quibus mod. re contrah. juncta l.1. §. Is quoq; apud quem. ff. de oblig. & actionib. & l.72. ſocius ſocio. ff. pro ſocio. l.1. § Is tutor. cum § ſeq ff. de ſuſpectis tutorib. cum ſimilib.*

DEFINIRI autem poteſt culpa; quòd ſit læſio quædam rebus alienis illata per negligentiam & imprudentiam, vel faciendo quid, vel omittendo, quæ quidem læſio potuiſſet humanitùs caveri atque evitari. Evolvamus paululum hanc deſcriptionem. In ea primùm pro genere poſita eſt *læſio*. Niſi enim hæc ſecuta fuerit, non facilè culpa in conſiderationem venit: neque quidquam præſtare quis cogitur: quamvis alioqui negligentiſſimus & imprudentiſſimus ſit. Tritum enim eſt illud Ulpiani: verba cum effectu accipienda eſſe. *l. 1. §. 2. hæc autem verba. ff. Quod quiſq; juris in alium ſtat. l. pen. § docere ff. Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat.* Unde nec dolus & fraus conſideratur, niſi læſio vel captio ſequatur. *l. 36 ſi quis in pignore. §.1. in f. ff. de pignerat act.* & *§. in fraudem. Inſt. Quib. ex cauſis manumittere non licet. cum ſimilibus.* Additur in definitione: *per negligentiam & imprudentiam illata.* Quibus verbis continetur differentia, qua ſeparatur culpa à dolo. Nam in ea læſione, quæ per dolum infertur, intervenit malitia, ſive ut Terentius ait, *Mala mens, malus animus*; & ut Salluſtius, *ingenium malum pravumq;*

D

vumq; : cum quis sciens ac prudens data opera iniquam conditionem infert alteri. Idem Terentius *in hoc loco Hecyræ*: *Non mea opera, neq; pol culpa evenit*: priore verbo *opera*, videtur intellexisse dolum. Sic enim & vetus ejus interpres eum accepit, cum ait; *operam esse, si scientes læserimus: culpam si nescientes, inscientes, improvidi, quorum alterum sceleris est, alterum stultitiæ.* Plautus quoque *in Epidico*, imprudentiam conjungit cum culpa his verbis: *Oro te, mihi ignoscas, si quid imprudens culpa peccavi mea*: quem locum laudat etiam Joan. Corrasius *lib.4. Miscell. jur. cap.1.* Sic & Ulpianus inter se oponit inconsideranter aliquid facere, id est, per culpam, & dolum, *in l.3.§.pen ff. de susp. tut.* Porrò dixi; *Faciendo quid vel omittendo*: ut ostenderem, duplicem esse culpam: quarum una est posita in *faciendo*, quod fieri non debebat: altera in *non faciendo* sive negligendo & omittendo, quod factum oportuit: quas duas species probat etiam Corrasius *d.c.1.n.9.* & Giphanius *in Comment. de divisione juris. n.86.* Atque ita etiam in *partitionibus juris Feudalis* distinxi inter culpam *commissionis* & *omissionis*; *libr. 2.cap.5.* Dixi præterea; *quæ læsio potuisset humanitus præcaveri*: ut separarem culpam à casu fortuito seu vi majore. Huic enim humana infirmitas resistere non potest: ut loquitur Cajus *in l.1.§. Et ille quidem. ff. de oblig. & act.* unde & damnum fatale dicitur ab Ulpiano *in l.5.§. Quod verò senectute. ff. commodati*, & à Cajo *in l.2 in fine. ff. de periculo & commodo rei vend.* Item *vis divina* ab eodem Cajo *in l.25. si merces. §. vis major. ff. locati.* Qua de re infrà latiùs explicabitur loco proprio. Denique addidi; *Rebus alienis*: quia si quis rebus propriis ac suis damnum aliquod intulerit vel acceperit sua negligentia, hoc nomine neque ipse ab aliis conveniri, nec alios convenire potest. Ipse non tenetur de negligentia in rebus propriis: quia licet unicuique in rebus suis esse negligenti: *l.21. In re mandata. C. mandati.* & *l.18. etiam §.1. ff. soluto matrim.* ubi negat Pomponius, culpam exigendam à marito in administratione rerum ipsius: quamvis in rebus dotalibus præstet non solum dolum, sed & culpam. Deinde quòd etiam alios hoc nomine convenire non possit, per se manifestum est: cùm de nemine nisi de se ipso conqueri possit, cum sua culpa passus est damnum. Hoc enim sentire non videtur: ut est in Regula Juris. Prætereà hic notandum; appellatione *Rerum* hìc latissimè nos uti, ut non tantum bona, sed etiam corpus ac vitam liberi hominis complectantur. Certum est enim, non bonis tantùm nostris, sed etiam corpori læsionem inferri posse: idque non tantùm dolo, verùm etiam culpa: veluti si quis imperitus regendi equos aut mulos, obvium hominem proterat & conculcet: unde is vel graviter affligatur ac vulneretur, vel etiam vità privetur. Aliud exemplum est in putatore arborum, qui ramum proijcit ex arbore in prætereuntem, eumq; lædit, cum prius non proclamasset. Tantum de definitione culp. Aliorum definitiones ut nimis obscuras vel etiam imperfectas omittimus: ut Petri, qui definiebat culpam, *deviationem à dispositione Legis*: ut refert Bartolus *ad L. quod Nerva. num. 6. ff. depositi*: Item ipsius Bartoli; cui culpa est *deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit provideri*: quam ponit *ibid. num.7.* Alia quoque est definitio Joannis Corasij *dict. cap.1. l.4.* quod sit *imprudentia, qua homines circa res*

alienas

alienas vel negligunt, quod fieri oportet, vel faciunt, quod omitti debet: quæ definitio non multum discrepat à nostra, quam hactenus examinavimus.

Nunc de DIVISIONE culpæ videamus. Vulgò Interpretes secant culpam in quinque species, secuti Bartolum *ad l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* Eæ species ipsis sunt: *culpa latissima, latior, lata, levis & levissima.* Potuissent eadem opera constituere sex species, additâ videlicet etiam *leviore culpâ*: quam cur omiserint, nulla potest reddi ratio. Sed hanc divisionem primus reprehendit Udalric. Zasius, quem gravissimum Jurisconsultum vocat Joannes Corrasius *dict. capit. 1. num. 7.* Zasius inquam *in Intellect. singul. & alibi*: itemque Joannes Oldendorpius *in proœm. progym. sive classium action. Forens. tit. de culpâ*: ubi ait, Ex gradibus hujusmodi non debere constitui diversas species: cùm majus & minus non multiplicent species: *argum. l. ultim. ff. de instructo vel instrum. leg. & l. 11. si is cui. ff. quemadmodum servit. amittant.* Eosque & Giphanius sequitur, tametsi Oldendorpium non alleget *in dict. commentar. de division. jur. num. 85.* Marc. Anton. Delrio *ad h. l.* distinguit inter *species* culpæ, & *gradus*. Ac *Species* quidem facit duas: nempe culpam *latam* & *levem*: *levissimam*, quæ à plerisque additur tertia, reijcit: ex eadem ratione, quam paulò antè adduxi ex Oldendorpio: quia magis & minus non constituunt diversas species; sed tantum quantitate & qualitate distinguant subjectum; ut etiam loquitur Corrasius *in dict. capit. 1, numer. 5.* Deinde *gradus* culpæ facit tres: *summum, medium, & infimum.* Summum vocat *latam culpam*: medium *levem*: infimum *levissimam*: quarum prima proximè accedat ad dolum: altera verè & propriè sit culpa: tertia parùm distet à casu fortuito. Idemque *levis culpæ* rursùm tres gradus constituendos arbitratur; summum, medium, & infimum: qua in re planè est singularis & suus. Etsi autem Giphanius quoque *num. 86. dict. commentar.* distinguit *gradus* culpæ à *speciebus* ejusdem: tamen longè aliter & alio consilio hoc facit. Nam *species* Giphanius facit tres: primò negligentiam. *argum. l. 50. inf. h. tit.* Secundò imprudentiam. *arg. l. 30. §. in hac. & l. seq. ff. ad L. Aquiliam.* Tertiò imperitiam. *arg. l. 8. dict. tit.* Et has tres species deinde putat revocari posse ad duas, quarum una sit in faciendo, altera in non faciendo sive omittendo. *Gradus* autem ipse quoque cum Zasio, Corrasio & Delrio facit tres: summum, in quo residit lata culpa: medium, in quo levis: & infimum, in quo levissima. Latam verò culpam Zasius, & hunc Doctorem suum secutus Mynsingerus *in comment. Institut. ad tit. de susp. tutor.* subdistinguit in latam culpam *ignaviæ*, & eam quæ est *versutiæ*. Quod acriter reprehendit Corrasius *in Miscell. lib. 4. cap. 1.* Nam cùm versutia nihil aliud sit, quàm malitia, sive dolus; hic autem propriè differat à culpa, etiam lata, *l. 7. ff. ad L. Cornel. de sicariis, cum similib. ut infra dicam plenius*: manifestum est, latam culpam non rectè sic dividi in ignaviam & versutiam. Ubi enim versutia adest, ibi dolus verus intervenit, & fraus, non autem lata culpa. Fateor equidem in contractibus latam culpam comprehendi sub appellatione doli; & ubicunque dolus tantùm venire vel præstari dicitur, ibi etiã latã culpã præstandã esse: v. g. in deposito, ut in *hac l. nostra. vers. dol. junctâ l. 30. si sine dolo. ff. depositi*, & *l. 1. C. eod.*

cum similibus locis: item in precario, ut *h. l. nostra.* juncta *l. 8. Quaesitum est. §. Eum quoq; in f. ff. de precario.* Attamen hinc non sequitur, latam culpam propriè ac verè esse dolum, aut versutiam, aut malitiam ac fraudem: sed sunt & manent hæc distincta re ipsa. *arg. l. 1. ff. de dolo malo*: ubi cum definitur dolus, nullo tamen verbo fit mentio latæ culpæ: quod procul dubio non neglexisset Jurisconsultus, si qua culpa lata esset versutia, sive dolus. Corrasius etiam hoc argumento utitur: quia culpa lata semper numero singulari, & nunquam plurali reperiatur. Existimat tamen Giphanius, sententiæ Zasij patrocinari posse quod ait Celsus *in l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* Fraude non carere eum, qui latam culpam committit, id est, qui non ad eum modum diligens est in re deposita quò in rebus suis: item eas leges, quib. lata culpa dolo proxima, immò & dolus esse dicitur, quales leges aliquot inferiùs adducam. Denique id quod vulgò dicunt, latam culpam esse dolum præsumptum: quam sententiam ne Corrasius quidem improbat. *d. cap. 1. & 2. libr. 4. Miscell.*

Sed videamus ordine de tribus istis culpis, quas etiam constituit Joan. Schneidevvinus *ad tit. Quib. mod. re contrah. oblig. cap. de mutuo. n. 38. & duob. seqq.* de *lata* inquam, *levi*, & *levissima*: sive hos gradus esse seu species dicamus. Nam ad usum & praxim parùm interesse puto: quamvis non negem quo ad scientiam & artis elegantiam aliquid referre, hoc an illo vocabulo appelles. Etsi autem æstimatio singularum culparum committenda est arbitrio judicis: nec certis definitionibus ac regulis illæ facilè comprehendi aut explicari possunt: & secundum qualitatem uniuscujusq; facti ac personæ, censendo magis quàm disputando percipiuntur: ut duo magni JCti fatentur, Corrasius & Oldendorpius, & post eos Jacob. Menochius *de arbitrariis judic. quæstionib. & causis, libr. 2. casu* 80. Immò & Ulpianus disertè idem scripsit *in l. 15. semper. §. culpam. ff. quod vi aut clam.* tamen exemplo aliorum informandi judicii causa breviter tradendæ videntur singularum descriptiones, & exemplorum appositione illustrandæ.

I. DE LATA CULPA.

Primùm de VOCABULO, & æquipollentibus, admonendi sumus; hunc supremum culpæ gradum, sive hanc primam speciem in jure variis nominibus appellari. Dicitur enim nunc *culpa latior*, nunc *gravior*, (Comparativo scilicet utrobique usurpato loco positivi: quod etiam Accursius rectissimè animadvertit *in gloss. d. l. quod Nerva*: Ad quam figuram illud est dictum apud Virgilium *lib. 1. Æneidos*, *Tristior & lachrymis oculos suffusa nitentes.* Item Catullus senes *severiores*, homines *venustiores, beatiores*; & Martialis vitam *beatiorem*; & alii alia sexcenta ejusmodi dixerunt: quod & Quintilianus observavit, & Corrasius, aliiq;.) Nunc *magna* & *summa negligentia*: nunc *lata* & *dissoluta negligentia*: nunc *nimia*, nunc *manifesta*: nunc *remissionis negligentiæ vitium*: nunc *dissoluta ignoratio*: nūc *ignorantia, quæ in supinum hominem cadit*: item *culpa dolo proxima.* videatur *h. l. 32. quod Nerva. ff. depositi. l. 113. cedere §. ult. & l. 223. lata. & l. 226. magna. ff. de verb. sign. l. 1. §. Is quoq; ff. de obl. & act. l. Regula. §. sed facti. ff. de juris & facti ignorantia. l. 54. homo liber. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. 8. si procuratorem. §. ult. & l. 29. si fidejuss.*

jrß. in princ. ff. manda... l. 1. §. hæc actio. ff. si mensor falsum. mod. dixer. l. 6. ff. de administ. rer ad Civit. pertin. l. 7. impuberibus. § 1. ff. de suspectis tutoribus. l. 7. Tutor §. 2. Competet. ff. de administ. tut. l. 55. cum sex menses. ff. de ædilit. edicto. l. 2. C. Arbitrium tutelæ. l. 5. C. de periculo tutorum. l. 15. Etsi consensum. §. 1. ff. de contrah. empt. l. 47. cum res. §. culpa ff. de legatis primo. l. 1. §. Non alias ff. si is qui testamento liber &c.

De vocabulis tantum.

Sequitur DEFINITIO, vel potius descriptio latæ culpæ: quæ ex *dd. ll. 113. 123. & 126. D. de verb. sign.* sumi potest talis: *Lata culpa est nimia negligentia, hoc est non intelligere, quod omnes intelligunt. Omnes* cùm grano salis accipiendum, sive civiliter; qui scilicet sanæ mentis sunt quiq; sensu communi sunt præditi: ne quis hæc forte calumnietur, ut etiam infantes, fatuos ac dementes, qui quod vident, ignorant, ut alibi dicitur, putet comprehendendos. Alii sic describunt: quòd sit *læsio sine malignitate quadam alteri illata, & potiùs per ignorantiam, quàm per malitiam: veruntamen adeò crassa & supina, adeò reprehensibilis & injusta, ut secundum sensum communem excusari non possit: si quis scilicet vel omiserit, quod nemo sanæ mentis omissurus erat: vel fecerit, quod nemo sanus erat facturus.* Bartolus *ad d. l. Quod Nerva*: sic describit, quòd sit *deviatio incircumspecta seu improvida ab ea diligentia, quam communiter homines adhibent, qui sunt ejusdem conditionis & professionis.* Exempla sunt: ut si quis ignoret id, quod loco publico est affixum, sive proscriptum, aut voce præconis proclamatum, ut omnibus innotesceret in illa civitate aut regione *l. 11. sed si pupilius §. proscribere. ff. de institoria actione.* Item, si quiduis aliud ignoret, quod tota vicinia sciat, vel omnes qui ejusdem sunt civitatis. *gl. in l. ult. ff. de decretis ab ord. faciendis; & argum. l. 9. Regula §. 1. ff. de Juris & facti ignorantia.* Item si quis non mortiferè vulnerato medicum non adhibeat curandi causa, vel malum imperitumq; adhibeat, *l. 30. Qui occidit. § ult. ff. ad l. Aquil. l. 31. Quod si nolit. § Culpam omnem. ff. de ædilitio edicto.* Item si commodatarius rem sibi commodatam relinquat in ædibus, & abeat aperta janua, & domo incustodita; quam alius furto surripiat: quo exemplo utitur Joannes Schneidevvinus *ad pr. Instit. Quib. mod. re contrah. obl. n. 38.* Sic lata culpa est, si quis non ad eundem modum in rebus alienis sibi commissis fuerit diligens quo in propriis. Non. n. potest quis salva fide minorem diligentiam rebus alienis quam suis adhibere. Quare latam culpam committit, qui cum suas res servaret, alienas perire sinit, cum posset etiam illas facili negotio & eadem operâ conservare. *l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* sic exemplum latæ culpæ est, quando Magister navis in flumen immiserit navem gubernatore destitutam *l. 13. Item quæritur. § si magister. ff. locati* Item si quis ignoraverit, vinum in vase corrumpi nisi vas subinde repleatur: aut frumentum, si non aliquando moveatur, aut oleum atq; unguentum, si muscæ in id inciderint, aut mel si panis, præsertim fermentatus, in id inciderit, unde statim examen formicarum pullulat: aut vestes inclusas, quæ rarò gestantur, corrodi à tineis, maximè pelliceas & laneas, nisi interdum ad solem exponantur, ac ventilentur: aut salem liquescere, si compluatur, vel in aquam submergatur. Item si quis nesciat, oportuna sationi, messi, vindemiæ, & navigationi, tempora omnibus nota. &c. Sed infinita penè sunt exempla latæ culpæ, quæ in quotidiana.

vita subinde occurrunt, & ab unoquoque facilè observantur.

Omissis itaq; pluribus exemplis, id potius videamus, quatenus verum sit, quòd *culpa lata dicitur dolus esse*, & *sub dolo comprehendi*, sive *in doli crimen cadere*. Nam ut in multis legibus ex iis quas suprà recensui, videre licet; lata culpa dicitur, nunc *dolum repræsentare*, nunc *dolo comparari*; nunc *dolo proxima*, nunc *prope dolum esse*; immò aliquando etiam *esse dolus*. Etsi enim alioqui species separatæ de se invicem non prædicantur propriè loquendo: neq; rectè dicitur v. g. bos est talpa: vel commodatum est locatio, &c. tamen non malè hic à JCtis lata culpa dicitur dolus esse: quia sc. eosdem cum dolo effectus in jure habet: vel etiam quia is, in quo tam magna deprehenditur negligentia, ut non intelligat, neque curet, quod omnes homines intelligunt, aut curant, præsumitur etiam dolo non carere, vel in dolo esse, vel dolosè versari atq; agere: Ex quo Interpretes suum *dolum præsumptũ* fabricârunt: cui opponunt *dolum verum*: ut suprà dixi, cùm de dolo agerem. Sed non per omnia verum est, latam culpam esse dolum, vel sub doli appellatione tacitè contineri, eosdemq; Juris effectus habere. Nam in veris delictis, & criminibus lata culpa non æquiparatur dolo: ut videre est in *l.7. in Lege. ff. ad l. Corn. de sicarijs. l.1. l.3. l.4. ff. de servo corrupto. l. in furti actione. §. fin. ff. de furtis. l.23. cum autem. §. Excipitur. ff de æd. edict.* Ubicunq; enim agitur de pœna corpori infligenda (idemque esse volunt etiam in infamia irroganda) ibi necesse est ut dolus verus intervenerit, neque sufficit, errore vel ignorantiâ, quamvis crassissimâ, quippiam esse factum. Videatur & Parisius *in consil.161. n.9. vol.4.* Sed si de pœna pecuniariâ agatur, etiam in delictis & criminibus lata culpa sub dolo contineri videtur. *arg. l. si dolo. §. culpa autem. ff. si is qui testam. liber esse &c.* Ita distinguit etiam Mar. Anton. Delrio *ad hanc legem nostram*: & rationem differentiæ non ineleganter hanc reddit: quia ubi de majore pœna infligenda tractatur, ut in criminibus ac pœnis capitalibus, ibi postulat æquitas, ut moderatiùs agatur, & quoddam adhibeatur temperamentum benignitatis, quo judex legum severitatem & rigorem in pœnis gravioribus subsequatur. *arg. l. respiciendum. 11. ff. de pœnis.* Tantùm igitur in contractibus, & in quasi delictis, vera est & locum habet illa sententia, quòd lata culpa sit dolus; sive quòd doli appellatio etiam latam culpam sub se comprehendat; quamvis nulla sit facta mentio latæ culpæ. De contractibus hoc certum est ex plurimis locis Juris nostri. De quasi delictis idem colligi potest ex *l. 15. Si filiusfamilias. §. fin. ff. de judiciis.*

Quæritur de *ignorantia juris, an latæ culpæ sit annumeranda, necne?* Respondendum est per distinctionem; primùm inter personas; deinde etiam jura ipsa, quæ ignorantur. Quod attinet ad personas, alii sunt qui juris scientiam profitentur: & in his omnis ignoratio juris, in quo versantur, vel cujus se peritos profitentur, meritò latæ culpæ adscribitur. *arg. l. 2. §. Servius. ff. de origine juris. l. 2. D. quod quisq; juris, &c.* Alii, & quidem longè plures, sunt Idiotæ & homines vulgares: in his ignoratio juris non est latæ culpæ, sed levi potiùs ascribenda. Nam non omninò culpa carent; sed in hoc ipso videntur culpandi, quòd cùm possent ac deberent consulere peritiores, id non fecerunt. Adhibenda quoque est distinctio inter Jus

natu-

naturale, sive Gentium, & Jus civile. Illius ignoratio in quibusvis hominibus, etiã vulgaribus & rudibus, est lata culpa censenda; v. g. si quis nesciat, incestum committi ab eo, qui ex gradu ascendentium vel descendentium duxerit uxorem, puta matrem vel aviam, item filiam aut neptem. *l. ult ff. de rit. nupt.* At juris civilis ignoratio non est tàm crassa ac supina in idiotis, ut lata culpa dici mereatur: v. g. si quis ignoret, quænam ex latere venientes personæ matrimonio conjungi prohibeantur. *d. l. ult.* Neq; negligenda est altera distinctio, inter jus certum, & inter jus controversum, hoc est, de quo diversæ ac discrepantes sunt opiniones Doctorum. Hujus enim quàm illius ignoratio faciliùs excusari potest, etiam in JCto, nedum in homine idiota. Plura de ignorantia juris videantur *in l. 9. Regula. ff. de juris & facti ignorantia, & aliquot ll. C. eod. tit.* ubi etiam de iis agitur, quibus & quatenus permissum sit jus ignorare. Atque ex his limitationem quandam recipit *lex 9. leges sacratissimæ. C. de Legibus*, ubi dicitur: Leges sacratissimas, quæ constringunt omnium vitas, intelligi debere ab omnibus: de qua lege obiter annoto, esse quandam particulam decerptam ex *Martiani Novel. 4. de matrimonio Senatorum.* Cum eadem lege etiam concordat *l. 12. Constitutiones. C. de juris & facti ignorantia*: ubi Impp. ajunt: *Constitutiones principum nec ignorare quenquam nec dissimulare permittimus.* Quibus legibus Accursius objicit *l. 36. Repetita. C. de Episc. & Cler. in vers. absurdum.* (Cum qua conjungi debet *l. 23. Consulta. C. de testam.*) objicit quoque *legem fin. in princ. vers. arma. C. de jure deliberandi.* In altera lege excipiuntur Clerici: in altera milites. Solutionem videre licet apud eundem Accursium *in d. l. final, in verbo, Arma.*

Quæritur porrò, *An etiam ob latam culpam adversarii possit ab aliquo jurari in litem?* sive quod idem est, *An in tractatu jurisjurandi in litem appellatione doli etiam contineatur lata culpa?* De hac quæstione dissentiunt à se invicem Dd. Immò & Accursius ipse varius est, ut videre est ex *gl. in l. in actionib. ff. de in litem jurando*, si conferatur cum *gl. l. 2. C. eod. tit.* Nam priore loco negat, ob latam culpam jurari posse in litem: posteriore loco affirmat, sicut & textus ipse *in d. l. 2.* disertè id ipsum affirmat. Quæ lex non patitur ita se eludi: ut cùm quibusdam dimus, hoc speciale esse in actione tutelæ, ob illis favorem. Sententiam negativam communiter amplexi sunt Dd. imprimis Bartolus & Alciatus. Argumenta utriusque partis videri possunt apud Anton. Contium *in comm. ad h. legem nostram.*

Illud certum est, & generale ad omnes culpæ species sive gradus: sicut dolus nunquam præsumitur, ita & *culpam quamlibet non præsumi, sed probari debere ab eo qui allegat eam*: quod latè ac diligenter explicat Joseph. Mascardus *vol. 1. de probat. conclus. 467.*

De illa autem Zasij & Mynsing. partitione latæ culpæ, qua aliam faciunt *versutiæ* aliam *ignaviæ*, jam supra dixi: eamq; rejeci exemplo Joan. Corrasij *in Miscel.* Eandem quoq; nunquam sibi placere potuisse, testatur Anton. Contius *d. pag. 19. & 20* liberè discedens à sententia sui Doctoris Eguinar; Baronis. Nam & hic ita divisit culpam latam: quasi alia sit dolus, alia non sit: sive quasi alia cadat in suspicionem doli & fraudulentiæ, sive in dolum præsumptum: alia careat suspicione doli.

II. DE

II. DE LEVI CULPA.

Transeundum est à LATA ad LEVEM culpam. Ac primùm de appellatione ejus notandum est, quod eleganter admonuit Joan. Oldendorpius, non dici levem culpam ratione quantitatis damni, quod intulit, si nimirum hoc sit leve & modicum, ut tunc levis culpa censeatur; cum possit aliquando etiam ex levi culpa grande damnum oriri, sicut ex parva scintilla magnum sæpè incendium existit: sed ideò potiùs, quia absit propositum nocendi; & adsit illæsa conscientia, quæ errores & defectus, quamlibet magnos sæpè excuset. Deinde hoc quoque pertinet ad considerationem vocabuli, quod ubicunque culpa simpliciter posita reperitur, nullo videlicet addito epitheto, toties intelligenda sit culpa levis: ut Petr. Faber *ad hanc legem*, & post eum Delrio annotavit; estque verissimum. Exempla sunt non solum in hac nostra lege, sed etiam aliis locis Juris propemodum infinitis.

Ad rem quod attinet, *Levis culpa est, negligentia quam communiter homines etiam qui non sunt diligentissimi in suis rebus solent effugere:* sive, *cum quis id facit, quod nemo diligens paterfamilias faceret: vel contrà cum quis id omittit, quod nemo paulò diligentior & circumspectior erat omissurus;* sive, *cum quis non præstat eam diligentiam, quam prudentes & diligentes patresfamilias secundum communem hominum naturam & consuetudinem rebus suis adhibent*: sive denique ut Paulus ait *in l.31. si putator. ff. ad L. Aquiliam, Culpa est, quod cum à diligente provideri potuit, non est provisum.* Huc pertinet *Imperitia*, de qua dicitur in *l. 122. inf. h. tit. Imperitia culpæ annumeratur.* Exempla ejus varia sunt: cùm alibi *sub tit. ad l. Aquiliam.* tùm in *l.7.§.ult. & in l. 8. Idem juris.* ubi Cajus elegantem tradit Regulam: quod non debeat quis affectare id, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam aliis periculosam futuram: ubi Baldus *in summario Legis*, *Nemo*, inquit, *attentare debet id, ad quod non est sufficiens vel imperitus.* Exemplum est in *l.6. Illicitas. § sicuti. ff. de officio præsidis.* ubi Ulpianus ait, Medico imputari debere, quod per imperitiam commiserit, nempe in curando homine: Qua verò pœna sit afficiendus talis medicus, qui perperàm adhibito medicamento hominem occiderit, eleganter & prolixè explicat Petrus Heigius *part. 2. quæst. juris.* Cui simile est, quòd Assessor vel alius Jurisperitus ex imperitia juris tenetur, si malum consilium vel responsum Judici vel alteri dederit: de quo vide *l. 2. & ibi DD. ff. Quod quisq. juris in al.* ubi pulchra est glossa Accursij. Aliud exemplum imperitiæ est in artifice, qui gemmam, quam acceperat auro includendam aut sculpendam, fregerit. *l.13. Item quæritur. § si gemmam. ff. locati.* Aliud exemplum est in magistro cujuslibet artis, qui modum castigationis licitæ & concessæ non tenens, discipulum suum læserit. *d. l.13. §. Item Iulianus. ff. locati.* juncta *l. 5. §. si Magister. ff. ad l. Aquiliam:* ubi dicitur, levem tantum castigationem docenti concessam esse: & in *l. seq.* ait Paulus: Nimiam sævitiam præceptoris culpæ assignari. Porrò aliud exemplum extat in *l.27. si servus servum. §. si calicem. ff. dict. tit. locati.* Eodem pertinet *lex vicesima quinta, si merces. §. qui columnam. ff. locati*; ubi Cajus inquit, *Culpa abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Unde ex contrario dicere licet: si non illa omnia facta sint, cul-

pam

pam adesse. Notandum est autem, quod ibi monet Accursius, usurpari superlativuum loco positivi: sicut aliàs etiam comparativus loco positivi reperitur, ut suprà dixi. Certum est enim ex aliis locis Juris, (ut etiam ex hac lege nostra) locatorem non teneri de levissima culpa; sed tantùm de levi. Aliud exemplum levis culpæ est in *l.26 §.ult.ff.de rei vind.* Nempe si quis navem, quam trans mare mittebat, minus idoneis hominibus commiserit. Item alia quatuor exempla uno loco recenset Cajus in *l.36. Qui petitorio.§.1.eod.tit.* Ex quibus cætera sunt de servis: postremum verò hoc est, si quis navem adverso tempore navigatum miserit, eaq; naufragio sit perempta. Aliud exemplum est in *l 30.qui occidit. §.In hac quoque. ff.ad L. Aquil.* ubi Paulus ait, Culpæ reum esse, qui die ventoso ignem immiserit in stipulam vel spinam agri sui: (sicut solebant agros urere: testibus scriptoribus Rei Rusticæ, ut Catone, Varrone, Columella, & aliis; etiam Virgilio in Georgicis) Unde latius progressus ignis etiam alterius segetem aut vineam læserit. Aliud exemplum est in hominibus curiosis: quo genere nihil est aut crebrius aut odiosius in communi vita. Nam plerisque mortalium, quasi innatum est ac nimis familiare vitium πολυπραγμοσύνης, ut plus satagant de rebus alienis, quàm suis ac propriis. Contra quod vitium, observanda est primum Regula Juris in *l.37 hoc tit. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.* Secundò observanda etiam *lex 36. repetita. C. de episcopis & clericis*, cum qua est conjungenda *lex 23. consulta. C. de testamentis.* Tertiò denique pro antipharmaco adhibendum est præceptum D. Pauli *priore epistola ad Thessalonic. cap.4 vers. 11. Operam detis*, inquit, *ut quieti sitis, & ut vestrum negotium agatis.* Aliud exemplum est in eo, qui cum sciret ac prohibere posset, ne quid fieret, non prohibuit tamen, *l.50.culpa caret.h.tit.* argumento à contrario sensu ex ea lege ducto. Quo pertinet etiam quod ait Seneca: *Peccare qui non prohibet, cum possit, jubet.* Hinc est, quod si servus domino sciente nec prohibente deliquerit, non liberetur dominus si servum noxæ dedere velit, sed totam damni æstimationem præstare cogitur: de quo alibi dixi. Sic & mala electio est in culpa, ut rectè notat Accursius *ad l.60.cum in plures annos. § servum meum, in verb.elegissem.ff.locati*, & *in l.21. Nam & Servius. §.ult. in verb.elegeris. ff.de negotiis gestis.* Unde & Cicero *in aurea illa epistola ad Q. Fratrem, de administranda provincia*, pulcrè docet, omnia illorum facta nobis præstanda esse, quos elegerimus. Sic culpæ non immeritò ascribitur negligentia custodum in officio, qui appositi sunt furioso, ut observarent, tum ne quid in se ipsum perniciosius moliretur, tum etiam ne aliis esset exitio. *l.14. D.Marcus.in f.ff de officio præsidis*, ubi Accursius hypothesin transferens ad thesin, rectissimè ait: *Nota quod quilibet in officio suo debeat esse diligens, non negligens.* Cui simile est præceptum Apostoli *ad Rom.12.* Sic Judicis imprudentia malè judicantis, culpæ annumeratur, *in l.ult.ff.de variis & extraord.cogn. & tit.Instit. de oblig. quæ quasi ex del.* qui plura quoq; alia suppeditabit exempla culpæ. Sic in culpa est, qui temerè & facilè aliquid asseverat, quod ignorabat: v. g servum, quem quis vendebat, bonæ fidei & frugi esse, cum is fur esset, quamvis ignorante venditore. *l. 13. Julianus. §. quod autem dixi. ver. quid tamen.ff.de act.empti.* Non enim debemus facilè asseverare quæ ignoramus. *arg. d.l.13.* Unde neque illi culpa carere videntur, qui nimis largi & liberales sunt,

E ne-

ne dicam prodigi, in commendandis & honesto testimonio ornandis quibus liber; quasi frugi & honesti sint: cùm sæpissimè deprehendantur homines futiles, vagabundi, errones ac nequam: & testimoniis ac commendationibus suis freti, multos, quibus ignoti sunt, decipiant: quod in quotidiana vita nimis crebrò usu venit. Quocirca hac in re cautè ac circumspectè versari debemus, memores præcepti Horatiani:

Qualem commendes, etiã atq; etiam aspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata ruborem.

Atque hæc sufficiant de exemplis culpæ levis, quæ ad illustrandam ejus definitionem, & explicandam naturam afferre volui.

III. DE LEVISSIMA CVLPA.

Sequitur culpa LEVISSIMA. Hanc significant JCti. quoties dicunt diligentiam ab aliquo præstandam esse. Nam *diligentia* opponitur huic speciei sive gradui culpæ: ut *in h. ipsa l. nostra vers. in his quidam & diligentiam*: quod etiam Ant. Contius *hîc* annotavit, & Delrio, post alios. Videatur & *l. 5. § nunc videndum est. vers. commodatum ff. commodati*. Item *l. 18. In rebus. in pr. eod. tit.* & *l. 47. cum res §. pen. ff. de legatis* 1. *l. 2. in f. & l. 3 ff de periculo & commodo rei venditæ*. Nam *in d. l. 47.* disertissime tres species distinguuntur ab Vlpiano: quarum una est ea quæ dolo proxima est, hoc est culpa lata: Altera, quæ levis est: Tertia culpa levissima exprimitur illis verbis. *aut nunquid & diligentia quoq; exigenda est ab herede?* Nam si hæc verba accipiamus de levi culpa, tum verò otiosâ & odiosâ tautologiâ bis idem dixisset JCtus; & distinxisset per particulam *aut*, quæ non erant distinguenda; quod non est credibile. Quod autem Eguinar. Baro aliter accepit nomen *diligentiæ*; pro custodia scilicet; & culpam tantùm eam intelligi voluit, quæ in faciendo sit posita: id rectè refutat ipsius auditor Ant. Contius, docetque, Culpam passim à JCtis pro negligentia vel segnitia & desidia in non faciendo usurpari. Porrò Diligẽtiæ interdum additur aliquod Epitheton: veluti *exacta*, item *exactissima*, ut in *§. Is. cui res. Instit. Quibus modis re contrahitur oblig. in vers. at is qui. junctâ l. 1. § is verò qui ad utendum. ff. de obl. & act.* Sic *exactum officium* eodem significatu ponitur in *l. 21. in Re mandata C. mandati*. *Aliena negotia*, inquit Constantinus, *exacto officio geruntur, nec in his quicquam neglectum ac declinatum, culpâ vacuum est.* Ex quibus verbis tria sunt notanda: primum, positivum *Exacto* usurpari loco superlativi *Exactissimo*; quod etiam Accursius *ibid. in gl.* eruditè monuit, & illustravit exemplo hemistichii illius Virgiliani:

——Saturnia sancta Dearum

pro *sanctissima* vel *maxima*: cui similia sunt illa apud Ennium Lucretium & alios. *Dia Dearum*. item *Dia Deorum*, pro *divinissima*, vel *divinissime* &c. ut apud Homerum δῖα θεάων. Secundò, *geruntur*, idem valere quod *geri debent*. Tertiò, culpam etiam levissimam in mandato præstandam esse: quod ibidem notat glossa: ut etiam in *leg. 13 de procuratore. C. eod. tit.* Tametsi ea de re dissentientes sint opiniones inter Doctores: qua de re suo loco infrà pleniùs disseretur.

Sunt

Sunt quidem viri clarissimi qui duas tantum species culpæ esse contendunt: & *levissimam* planè rejiciunt: vel certè eandem esse volunt cum *levi*: ex quibus post Zasium *in singularibus Responsis*, est etiam doctor noster celeberrimus Hugo Donellus. *lib.16. Comment. Juris Civilis. cap.7.* ubi scribit *pag.626.* levem & levissimam culpam verbis tantùm distingui; Re verò, aut certè Jure, easdem esse veteribus: eandemque esse utriusque definitionem. Sed pace illorum rectius facturi videmur, si alios sequamur duces; & cum illis retineamus tres culpæ gradus distinctos: & inter eos etiam levissimam culpam: quæ non solùm tectè pluribus in locis nomine *diligentiæ* circumscribitur; Verùm etiam disertè nominatur in *l.45. In lege Aquilia.ff.ad l. Aquiliam.* Neque ab aliis tantum interpretibus hac in re dissentit Donellus, sed etiam discedit à doctrina, suimet Doctoris Franc. Duareni V. CL qui tribus in locis suorum Commentariorum hanc nostram divisionem trimembrè constanter retinet: ut primò *ad l. 5. in actionibus. ff. de in litem jurando*: Secundò *ad l. 9 si mora. ff. soluto matrimonio*: & Tertiò *ad tit. de commodato, cap. ult.* Non negamus interim primò, quòd idem Duarenus admonet, uno tantùm loco in Jure nostro nominari levissimam culpam, nempè in *d.l.45. In lege Aquil. a.* Secundò quod idem ait, arbitrio judicis permittendũ esse, ut æstimet, an & quænam culpa sit commissa; lata, levis, an levissima; quod & suprà notavi ex Oldendorpio: & est verissimum: eademque est sententia Joannis Fabri, probata etiam Schneidevvino *ad pr. tit. in Inst. Quib. mod. re contrah. obl. n.* 40. *vers. Judex tamen.*

Est igitur *levissima culpa* (ut ejus tradamus descriptionem quandam) *cum quis non adhibuit eam diligentiam, quam diligentissimus quisq; rebus suis adhibuisset*: vel, *Levissima culpa est defectus, sive absentia, sive omissio, exactissimæ diligentiæ, cum quis non eam adhibuit rei custodiam quam alius diligentior adhibuisset: argument. d. l. 1. §. is verò qui utendum. ff. de oblig. & action & d. § Item is cui res Instit. Quib. modis re. Contr. obl* sive (ut Duareni verbis utar) *cum quis mediocrem & probabilem diligentiam communi hominum more adhibuit, sed tamen eam admisit culpam in quam vir diligentissimus non incidisset; sed quam sua sagacitate præcavere potuisset.* Exempla levissimæ culpæ sunt; v.g. siquis rem apud se depositam in cubiculo recondidit, vel in arca, & januam sive operculum probè conclusit; sed abiens non removit clavem, neque tentavit, an janua firmiter sit occlusa, quod alius diligentior facere non neglexisset: itaque occasionem præbuit furi surripiendi rem dum tentans ostium vel arcam animadvertit, non sat benè clausum esse: quo exemplo utitur Joan. Schneidevvinus, *d. loc.* Aliud exemplum affert Duarenus; nempe si quis gemmam, sibi commodatam recondiderit, & in arcâ incluserit; sed tamen fur arte aliqua eam abstulerit & surripuerit.

Cum autem dictis in locis, ut in *l. 2. & 3. ff. de periculo & commodo rei venditæ, & alibi*, fiat mentio *custodiæ*: sciendũ est, aliam esse *custodiã simplicẽ, aliã plenam.* Qui *simplicẽ custodiã* in se recepit, vel præstare debet, is tãtũ de levi culpa tenetur:

vumq;: cum quis sciens ac prudens data opera iniquam conditionem infert alteri. Idem Terentius *in hoc loco Hecyræ*: *Non mea opera, neq; pol culpa evenit*: priore verbo *opera*, videtur intellexisse dolum. Sic enim & vetus ejus interpres eum accepit, cum ait: *operam esse, si scientes læserimus: culpam si nescientes, inscientes, imprevidi, quorum alterum sceleris est, alterum stultitiæ.* Plautus quoque *in Epidico*, imprudentiam conjungit cum culpa his verbis: *Oro te, mihi ignoscas, si quid imprudens culpa peccavi mea*: quem locum laudat etiam Joan. Corrasius *lib.4. Miscell. jur. cap.1.* Sic & Ulpianus inter se oponit inconsideranter aliquid facere, id est, per culpam, & dolum, *in l.3.§.pen ff. de susp. tut.* Porrò dixi; *Faciendo quid vel omittendo*: ut ostenderem, duplicem esse culpam: quarum una est posita in *faciendo*, quod fieri non debebat: altera in *non faciendo* sive negligendo & omittendo, quod factum oportuit: quas duas species probat etiam Corrasius *d.c.1.n.9.* & Giphanius *in Comment. de divisione juris. n.86.* Atque ita etiam in *partitionibus juris Feudalis* distinxi inter culpam *commissionis* & *omissionis*; *libr. 2.cap.5.* Dixi prætereà; *quæ læsio potuisset humanitus præcaveri*: ut separarem culpam à casu fortuito seu vi majore. Huic enim humana infirmitas resistere non potest: ut loquitur Cajus *in l.1.§. Et ille quidem. ff. de oblig. & act.* unde & damnum fatale dicitur ab Ulpiano *in l.5.§. Quod verò senectute. ff. commodati*, & à Cajo *in l.2 in fine. ff. de periculo & commodo rei vend.* Item *vis divina* ab eodem Cajo *in l.25. si merces. §. vis major. ff. locati.* Qua de re infrà latiùs explicabitur loco proprio. Denique addidi; *Rebus alienis*: quia si quis rebus propriis ac suis damnum aliquod intulerit vel acceperit sua negligentia, hoc nomine neque ipse ab aliis conveniri, nec alios convenire potest. Ipse non tenetur de negligentia in rebus propriis: quia licet unicuique in rebus suis esse negligenti: *l.21. In re mandata. C. mandati.* & *l.18. etiam §.1. ff. soluto matrim.* ubi negat Pomponius, culpam exigendam à marito in administratione rerum ipsius: quamvis in rebus dotalibus præstet non solum dolum, sed & culpam. Deindè quòd etiam alios hoc nomine convenire non possit, per se manifestum est: cùm de nemine nisi de se ipso conqueri possit, cum sua culpa passus est damnum. Hoc enim sentire non videtur: ut est in Regula Juris. Prætereà hic notandum; appellatione *Rerum* hic latissimè nos uti, ut non tantum bona, sed etiam corpus ac vitam liberi hominis complectantur. Certum est enim, non bonis tantùm nostris, sed etiam corpori læsionem inferri posse: idque non tantùm dolo, verùm etiam culpa: veluti si quis imperitus regendi equos aut mulos, obvium hominem proterat & conculcet: unde is vel graviter affligatur ac vulneretur, vel etiam vitâ privetur. Aliud exemplum est in putatore arborum, qui ramum proijcit ex arbore in prætereuntem, eumq; lædit, cum prius non proclamasset. Tantum de definitione culp. Aliorum definitiones ut nimis obscuras vel etiam imperfectas omittimus: ut Petri, qui definiebat culpam, *deviationem à dispositione Legis*: ut refert Bartolus *ad L. quod Nerva. num. 6. ff. depositi*: Item ipsius Bartoli; cui culpa est *deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit provideri*: quam ponit *ibid. num.7.* Alia quoque est definitio Joannis Corasij *dict. cap.1. l.4.* quod sit *imprudentia, qua homines circa res alienas*

alienas vel negligunt, quod fieri oportet, vel faciunt, quod omitti debet : quæ definitio non multum discrepat à nostra, quam hactenus examinavimus.

Nunc de DIVISIONE culpæ videamus. Vulgò Interpretes secant culpam in quinque species, secuti Bartolum *ad l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* Eæ species ipsis sunt: *culpa latissima, latior, lata, levis & levissima.* Potuissent eadem opera constituere sex species, addita videlicet etiam *leviore culpâ* : quam cur omiserint, nulla potest reddi ratio. Sed hanc divisionem primus reprehendit Udalric. Zasius, quem gravissimum Jurisconsultum vocat Joannes Corrasius *dict. capit. 1. num. 7.* Zasius inquam *in Intellect. singul. & alibi* : itemque Joannes Oldendorpius *in procem. progym. sive classium action. Forens. tit. de culpâ* : ubi ait, Ex gradibus hujusmodi non debere constitui diversas species: cùm majus & minus non multiplicent species: *argum. l. ultim. ff. de instructo vel instrum. leg. & l. 11. si is cui. ff. quemadmodum servit. amittant.* Eosque & Giphanius sequitur, tametsi Oldendorpium non alleget *in dict. commentar. de division. jur. num. 85.* Marc. Anton. Delrio *ad h. l.* distinguit inter *species* culpæ, & *gradus.* Ac *Species* quidem facit duas: nempe culpam *latam* & *levem* : *levissimam*, quæ à plerisque additur tertia, reijcit: ex eadem ratione, quam paulò antè adduxi ex Oldendorpio : quia magis & minus non constituunt diversas species; sed tantum quantitate & qualitate distinguant subjectum; ut etiam loquitur Corrasius *in dict. capit. 1. numer. 5.* Deinde *gradus* culpæ facit tres: *summum, medium, & infimum.* Summum vocat *latam culpam* : medium *levem* : infimum *levissimam* : quarum prima proximè accedat ad dolum : altera verè & propriè sit culpa: tertia parùm distet à casu fortuito. Idemque *levis culpæ* rursùm tres gradus constituendos arbitratur; summum, medium, & infimum : qua in re planè est singularis & suus. Etsi autem Giphanius quoque *num. 86. dict. commentar.* distinguit *gradus* culpæ à *speciebus* ejusdem: tamen longè aliter & alio consilio hoc facit. Nam *species* Giphanius facit tres : primò negligentiam. *argum. l. 50. inf. h. tit.* Secundò imprudentiam. *arg. l. 30. §. in hac. & l. seq. ff. ad L. Aquiliam.* Tertiò imperitiam. *arg. l. 8. dict. tit.* Et has tres species deinde putat revocari posse ad duas, quarum una sit in faciendo, altera in non faciendo sive omittendo. *Gradus* autem ipse quoque cum Zasio, Corrasio & Delrio facit tres: summum, in quo resistit lata culpa: medium, in quo levis: & infimum, in quo levissima. Latam verò culpam Zasius, & hunc Doctorem suum secutus Mynsingerus *in comment. Institut. ad tit. de susp. tutor.* subdistinguit in latam culpam *ignaviæ*, & eam quæ est *versutiæ.* Quod acriter reprehendit Corrasius *in Miscell. lib. 4. cap. 1.* Nam cùm versutia nihil aliud sit, quàm malitia, sive dolus; hic autem propriè differat à culpa, etiam lata, *l. 7. ff. ad L. Cornel. de sicariis, cum similib. ut infra dicam plenius* : manifestum est, latam culpam non rectè sic dividi in ignaviam & versutiam. Ubi enim versutia adest, ibi dolus verus intervenit, & fraus, non autem lata culpa. Fateor equidem in contractibus latam culpam comprehendi sub appellatione doli; & ubicunque dolus tantùm venire vel præstari dicitur, ibi etiā latā culpā præstandā esse: v. g. in deposito, ut in *hac l. nostra. vers. dol. ..* juncta *l. 30. si sine dolo. ff. depositi*, & *l. 1. C. eod.*

cum similibus locis: item in precario, ut *h.l.nostra.* juncta *l 8. Quaesitum est §. Eum quoq. in f. ff. de precario.* Attamen hinc non sequitur, latam culpam propriè ac verè esse dolum, aut versutiam, aut malitiam ac fraudem : sed sunt & manent hæc distincta re ipsa. *arg.l.1.ff. de dolo malo* : ubi cum definitur dolus, nullo tamen verbo fit mentio latæ culpæ; quod procul dubio non neglexisset Jurisconsultus, si qua culpa lata esset versutia, sive dolus. Corrasius etiam hoc argumento utitur : quia culpa lata semper numero singulari, & nunquam plurali reperiatur. Existimat tamen Giphanius, sententiæ Zasij patrocinari posse quod ait Celsus *in l.quod Nerva. 32. ff. depositi.* Fraude non carere eum, qui latam culpam committit, id est, qui non ad eum modum diligens est in re deposita quò in rebus suis : item eas leges, quib. lata culpa dolo proxima, immò & dolus esse dicitur, quales leges aliquot inferiùs adducam. Denique id quod vulgò dicunt, latam culpam esse dolum præsumptum: quam sententiam ne Corrasius quidem improbat. *d.cap.1. & 2. libr.4. Miscell.*

Sed videamus ordine de tribus istis culpis, quas etiam constituit Joan. Schneidevvinus *ad tit. Quib.mod.re contrah.oblig. cap de mutuo. n.38. & duob.seqq.* de *lata* inquam, *levi*, & *levissima* : sive hos gradus esse seu species dicamus. Nam ad usum & praxim parùm interesse puto : quamvis non negem quo ad scientiam & artis elegantiam aliquid referre, hoc an illo vocabulo appelles. Etsi autem æstimatio singularum culparum committenda est arbitrio judicis : nec certis definitionibus ac regulis illæ facilè comprehendi aut explicari possunt : & secundum qualitatem uniuscujusq; facti ac personæ, censendo magis quàm disputando percipiuntur: ut duo magni JCti fatentur, Corrasius & Oldendorpius, & post eos Jacob Menochius *de arbitrarijs judic.quæstionib.& causis, libr.2. casu* 80. Imò & Ulpianus disertè idem scripsit *in l.15. semper.§.culpam.ff. quod vi aut clam.* tamen exemplo aliorum informandi judicii causa breviter tradendæ videntur singularum descriptiones, & exemplorum appositione illustrandæ.

I. DE LATA CULPA.

Primùm de VOCABULO, & æquipollentibus, admonendi sumus; hunc supremum culpæ gradum, sive hanc primam speciem in jure variis nominibus appellari. Dicitur enim nunc *culpa latior*, nunc *gravior*, (Comparativo scilicet utrobique usurpato loco positivi : quod etiam Accursius rectissimè animadvertit *in gloss. d.l. quod Nerva:* Ad quam figuram illud est dictum apud Virgilium *lib.* 1. *Æneidos, Tristior & lachrymis oculos suffusa nitentes.* Item Catullus senes *severiores*, homines *venustiores, beatiores*; & Martialis vitam *beatiorem* ; & alii alia sexcenta ejusmodi dixerunt : quod & Quintilianus observavit, & Corrasius, aliiq;.) Nunc *magna* & *summa negligentia* : nunc *lata* & *dissoluta negligentia* : nunc *nimia*, nunc *manifesta*: nunc *remissionis negligentiæ vitium*: nunc *dissoluta ignoratio*: nũc *ignorantia, quæ in supinum hominem cadit* : item *culpa dolo proxima.* videatur *h.l.32. quod Nerva.ff.depositi. l.113.cedere §.ult. & l.223.lata. & l.226. magna. ff. de verb. sign.l.1.§.Is quoq. ff. de obl.& act.l.Regula.§.sed facti, ff. de juris & facti ignorantia. l.54.homo liber.§.1.ff.de acquir.rer.domin.l.8.si procuratorem.§. ult. & l.29.si fidejuss.*

juss. in princ. ff. mandat. l. 1. §. hæc actio. ff. si mensor falsum. mod. dixer. l. 6. ff. de administ. rer. ad Civit. pertin. l. 7. impuberibus. §. 1. ff. de suspectis tutoribus. l. 7. Tutor §. 2. Competet. ff. de administ. tut. l. 55. cum sex menses. ff. de ædilit. edicto. l. 2. C. Arbitrium tutelæ. l. 5. C. de periculo tutorum. l. 15. Etsi consensum. §. 1. ff. de contrah. empt. l. 47. cum res. §. culpa ff. de legatis primo. l. 1. §. Non alias ff. si is qui testamento liber &c.

De vocabulis tantum.

Sequitur DEFINITIO, vel potius descriptio latæ culpæ: quæ ex *dd. ll. 113. 123. & 126. D. de verb. sign.* sumi potest talis: *Lata culpa est nimia negligentia, hoc est non intelligere, quod omnes intelligunt. Omnes* cùm grano satis accipiendum, sive civiliter; qui scilicet sanæ mentis sunt quiq; sensu communi sunt præditi: ne quis hæc forte calumnietur, ut etiam infantes, fatuos ac dementes, qui quod vident, ignorant, ut alibi dicitur, putet comprehendendos. Alii sic describunt: quòd sit *læsio sine malignitate quadam alteri illata, & potiùs per ignorantiam, quàm per malitiam: veruntamen adeò crassa & supina, adeò reprehensibilis & injusta, ut secundum sensum communem excusari non possit: si quis scilicet vel omiserit, quod nemo sanæ mentis omissurus erat: vel fecerit, quod nemo sanus erat facturus.* Bartolus *ad d. l. Quod Nerva*: sic describit, quòd sit *deviatio incircumspecta seu improvida ab ea diligentia, quam communiter homines adhibent, qui sunt ejusdem conditionis & professionis.* Exempla sunt: ut si quis ignoret id, quod loco publico est affixum, sive proscriptum, aut voce præconis proclamatum, ut omnibus innotesceret in illa civitate aut regione *l. 11. sed si pupillus §. proscribere. ff. de institoria actione.* Item, si quiduis aliud ignoret, quod tota vicinia sciat, vel omnes qui ejusdem sunt civitatis. *gl. in l. ult. ff. de decretis ab ord. faciendis; & argum. l. 9. Regula §. 1. ff. de Juris & facti ignorantia.* Item si quis non mortiferè vulnerato medicum non adhibeat curandi causa, vel malum imperitumq; adhibeat, *l. 30. Qui occidit. § ult. ff. ad l. Aquil. l. 31. Quod si nolit. § Culpam omnem. ff. de ædilitio edicto.* Item si commodatarius rem sibi commodatam relinquat in ædibus, & abeat aperta janua, & domo incustodita; quam alius furto surripiat: quo exemplo utitur Joannes Schneidevvinus *ad pr. Instit. Quib. mod. re contrah. obl. n. 38.* Sic lata culpa est, si quis non ad eundem modum in rebus alienis sibi commissis fuerit diligens quo in propriis. Non. n. potest quis salva fide minorem diligentiam rebus alienis quàm suis adhibere. Quare latam culpam committit, qui cum suas res servaret, alienas perire sinit, cum posset etiam illas facili negotio & eadem operâ conservare. *l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* sic exemplum latæ culpæ est, quando Magister navis in flumen immiserit navem gubernatore destitutam *l. 13. Item quæritur. §. si magister. ff. locati* Item si quis ignoraverit, vinum in vase corrumpi nisi vas subinde repleatur: aut frumentum, si non aliquando moveatur, aut oleum atq; unguentum, si muscæ in id inciderint, aut mel si panis, præsertim fermentatus, in id inciderit, unde statim examen formicarum pullulat: aut vestes inclusas, quæ rarò gestantur, corrodi à tineis, maximè pelliceas & laneas, nisi interdum ad solem exponantur, ac ventilentur: aut salem liquescere, si compluatur, vel in aquam submergatur. Item si quis nesciat, oportuna sationi, messi, vindemiiæ, & navigationi, tempora omnibus nota. &c. Sed infinita penè sunt exempla latæ culpæ, quæ in quotidiana.

vita subinde occurrunt, & ab unoquoque facilè observantur.

Omissis itaq; pluribus exemplis, id potius videamus, quatenus verum sit, quòd *culpa lata dicitur dolus esse*, & *sub dolo comprehendi*, sive *in doli crimen cadere*. Nam ut in multis legibus ex iis quas suprà recensui, videre licet; lata culpa dicitur, nunc *dolum repræsentare*, nunc *dolo comparari*; nunc *dolo proxima*, nunc *prope dolum esse*; immò aliquando etiam *esse dolus*. Etsi enim alioqui species separatæ de se invicem non prædicantur propriè loquendo: neq; rectè dicitur v. g. bos est talpa: vel commodatum est locatio, &c. tamen non malè hic à JCtis lata culpa dicitur dolus esse: quia sc. eosdem cum dolo effectus in jure habet: vel etiam quia is, in quo tam magna deprehenditur negligentia, ut non intelligat, neque curet, quod omnes homines intelligunt, aut curant, præsumitur etiam dolo non carere, vel in dolo esse, vel dolosè versari atq; agere: Ex quo Interpretes suum *dolum præsumptũ* fabricârunt: cui opponunt *dolum verum*: ut suprà dixi, cùm de dolo agerem. Sed non per omnia verum est, latam culpam esse dolum, vel sub doli appellatione tacitè contineri, eosdemq; Juris effectus habere. Nam in veris delictis, & criminibus lata culpa non æquiparatur dolo: ut videre est in *l. 7. in Lege. ff. ad l. Corn. de sicarijs. l. 1. l. 3. l. 4. ff. de servo corrupto. l. in furti actione. §. fin. ff. de furtis. l. 23. cum autem. §. Excipitur. ff. de æd. edict.* Ubicunq; enim agitur de pœna corpori infligenda (idemque esse volunt etiam in infamia irroganda) ibi necesse est ut dolus verus intervenerit, neque sufficit, errore vel ignorantiâ, quamvis crassissimâ, quippiam esse factum. Videatur & Parisius *in consil. 161. n. 9. vol. 4.* Sed si de pœna pecuniariâ agatur, etiam in delictis & criminibus lata culpa sub dolo contineri videtur. *arg. l. si dolo. §. culpa autem. ff. si is qui testam. liber esse &c.* Ita distinguit etiam Mar. Anton. Delrio *ad hanc legem nostram*: & rationem differentiæ non ineleganter hanc reddit: quia ubi de majore pœna infligenda tractatur, ut in criminibus ac pœnis capitalibus, ibi postulat æquitas, ut moderatiùs agatur, & quoddam adhibeatur temperamentum benignitatis, quo judex legum severitatem & rigorem in pœnis gravioribus subsequatur. *arg. l. respiciendum. 11. ff. de pœnis.* Tantùm igitur in contractibus, & in quasi delictis, vera est & locum habet illa sententia, quòd lata culpa sit dolus; sive quòd doli appellatio etiam latam culpam sub se comprehendat; quamvis nulla sit facta mentio latæ culpæ. De contractibus hoc certum est ex plurimis locis Juris nostri. De quasi delictis idem colligi potest ex *l. 15. Si filiusfamilias. §. fin. ff. de judiciis.*

Quæritur de *ignorantia juris, an latæ culpæ sit annumeranda, necne?* Respondendum est per distinctionem; primùm inter personas; deinde etiam jura ipsa, quæ ignorantur. Quod attinet ad personas, alii sunt qui juris scientiam profitentur: & in his omnis ignoratio juris, in quo versantur, vel cujus se peritos profitentur, meritò latæ culpæ adscribitur. *arg. l. 2. §. Servius. ff. de origine juris. l. 2. D. quod quisq; juris, &c.* Alii, & quidem longè plures, sunt Idiotæ & homines vulgares: in his ignoratio juris non est latæ culpæ, sed levi potiùs ascribenda. Nam non omninò culpa carent; sed in hoc ipso videntur culpandi, quòd cùm possent ac deberent consulere peritiores, id non fecerunt. Adhibenda quoque est distinctio inter Jus

natu-

naturale, sive Gentium, & Jus civile. Illius ignoratio in quibusvis hominibus, etiã vulgaribus & rudibus, est lata culpa censenda; v. g. si quis nesciat, incestum committi ab eo, qui ex gradu ascendentium vel descendentium duxerit uxorem, puta matrem vel aviam, item filiam aut neptem. *l. ult ff. de rit. nupt.* At juris civilis ignoratio non est tàm crassa ac supina in idiotis, ut lata culpa dici mereatur: v. g. si quis ignoret, quænam ex latere venientes personæ matrimonio conjungi prohibeantur. *d. l. ult.* Neq; negligenda est altera distinctio, inter jus certum, & inter jus controversum, hoc est, de quo diversæ ac discrepantes sunt opiniones Doctorum. Hujus enim quàm illius ignoratio faciliùs excusari potest, etiam in JCto, nedum in homine idiota. Plura de ignorantia juris videantur *in l. 9. Regula. ff. de juris & facti ignorantia, & aliquot ll. C. eod. tit.* ubi etiam de iis agitur, quibus & quatenus permissum sit jus ignorare. Atque ex his limitationem quandam recipit *lex 9. leges sacratissima. C. de Legibus*, ubi dicitur: Leges sacratissimas, quæ constringunt omnium vitas, intelligi debere ab omnibus: de qua lege obiter annoto, esse quandam particulam decerptam ex *Martiani Novel. 4. de matrimonio Senatorum.* Cum eadem lege etiam concordat *l. 12. Constitutiones. C. de juris & facti ignorantia*: ubi Impp. ajunt: *Constitutiones principum nec ignorare quenquam nec dissimulare permittimus.* Quibus legibus Accursius objicit *l. 36. Repetita. C. de Episc. & Cler. in vers. absurdum.* (Cum qua conjungi debet *l. 23. Consulta. C. de testam.*) objicit quoque *legem fin. in princ. vers. arma. C. de jure deliberandi.* In altera lege excipiuntur Clerici: in altera milites. Solutionem videre licet apud eundem Accursium *in d. l. final, in verbo, Arma.*

Quæritur porrò, *An etiam ob latam culpam adversarii possit ab aliquo jurari in litem?* sive quod idem est, *An in tractatu jurisjurandi in litem appellatione doli etiam contineatur lata culpa?* De hac quæstione dissentiunt à se invicem Dd. Immò & Accursius ipse varius est, ut videre est ex *gl. in l. in actionib. ff. de in litem jurando*, si conferatur cum *gl. l. 2. C. eod. tit.* Nam priore loco negat, ob latam culpam jurari posse in litem: posteriore loco affirmat, sicut & textus ipse *in d. l. 2.* disertè id ipsum affirmat. Quæ lex non patitur ita se eludi: ut cum quibusdam dimus, hoc speciale esse in actione tutelæ, ob illis favorem. Sententiam negativam communiter amplexi sunt Dd. imprimis Bartolus & Alciatus. Argumenta utriusque partis videri possunt apud Anton. Contium *in comm. ad h. legem nostram.*

Illud certum est, & generale ad omnes culpæ species sive gradus: sicut dolus nunquam præsumitur, ita & *culpam quamlibet non præsumi, sed probari debere ab eo qui allegat eam*: quod latè ac diligenter explicat Joseph. Mascardus *vol. 1. de probat. conclus. 467.*

De illa autem Zasij & Mynsing. partitione latæ culpæ, qua aliam faciunt *versutiæ*, aliam *ignaviæ*, jam suprà dixi: eamq; rejeci exemplo Joan. Corrasij *in Miscel.* Eandem quoq; nunquam sibi placere potuisse, testatur Anton. Contius *d. pag. 19. & 20* liberè discedens à sententia sui Doctoris Eguinar: Baronis. Nam & hic ita divisit culpam latam: quasi alia sit dolus, alia non sit: sive quasi alia cadat in suspicionem doli & fraudulentiæ, sive in dolum præsumptum: alia careat suspicione doli.

II. DE

II. DE LEVI CULPA.

Transeundum est à LATA ad LEVEM culpam. Ac primùm de appellatione ejus notandum est, quod eleganter admonuit Joan. Oldendorpius, non dici levem culpam ratione quantitatis damni, quod intulit, si nimirum hoc sit leve & modicum, ut tunc levis culpa censeatur; cum possit aliquando etiam ex levi culpa grande damnum oriri, sicut ex parva scintilla magnum sæpè incendium existit: sed ideò potiùs, quia absit propositum nocendi; & adsit illæsa conscientia, quæ errores & defectus, quamlibet magnos sæpè excuset. Deinde hoc quoque pertinet ad considerationem vocabuli, quod ubicunque culpa simpliciter posita reperitur, nullo videlicet addito epitheto, toties intelligenda sit culpa levis: ut Petr. Faber *ad hanc legem*, & post eum Delrio annotavit; estque verissimum. Exempla sunt non solum in hac nostra lege, sed etiam aliis locis Juris propemodum infinitis.

Ad rem quod attinet, *Levis culpa est, negligentia quam communiter homines etiam qui non sunt diligentissimi in suis rebus solent effugere:* sive, *cum quis id facit, quod nemo diligens paterfamilias faceret: vel contrà cum quis id omittit, quod nemo paulò diligentior & circumspectior erat omissurus*; sive, *cum quis non præstat eam diligentiam, quam prudentes & diligentes patresfamilias secundum communem hominum naturam & consuetudinem rebus suis adhibent*: sive denique ut Paulus ait *in l. 31. si putator. ff. ad L. Aquiliam, Culpa est, quod cum à diligente provideri potuit, non est provisum.* Huc pertinet *Imperitia*, de qua dicitur in *l. 122. inf. h. tit. Imperitia culpæ annumeratur.* Exempla ejus varia sunt: cùm alibi *sub tit. ad l. Aquiliam*, tùm in *l. 7. §. ult. & in l. 8. Idem juris.* ubi Cajus elegantem tradit Regulam: quod non debeat quis affectare id, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam aliis periculosam futuram: ubi Baldus *in summario Legis, Nemo*, inquit, *attentare debet id, ad quod non est sufficiens vel imperitus.* Exemplum est in *l. 6. Illicitas. § sicuti. ff. de officio præsidis.* ubi Ulpianus ait, Medico imputari debere, quod per imperitiam commiserit, nempe in curando homine: Qua verò pœna sit afficiendus talis medicus, qui perperàm adhibito medicamento hominem occiderit, eleganter & prolixè explicat Petrus Heigius *part. 2. quæst. juris.* Cui simile est, quòd Assessor vel alius Jurisperitus ex imperitia juris tenetur, si malum consilium vel responsum Judici vel alteri dederit: de quo vide *l. 2. & ibi DD. ff. Quod quisq. juris in al.* ubi pulchra est glossa Accursij. Aliud exemplum imperitiæ est in artifice, qui gemmam, quam acceperat auro includendam aut sculpendam, fregerit. *l. 13. Item quæritur. § si gemmam. ff. locati.* Aliud exemplum est in magistro cujuslibet artis, qui modum castigationis licitæ & concessæ non tenens, discipulum suum læserit. *d. l. 13. §. Item Iulianus. ff. locati.* juncta *l. 5. §. si Magister. ff. ad l. Aquiliam:* ubi dicitur, levem tantum castigationem docenti concessam esse: & in *l. seq.* ait Paulus: Nimiam sævitiam præceptoris culpæ assignari. Porrò aliud exemplum extat in *l. 27. si servus servum. §. si calicem. ff. dict. tit. locati.* Eodem pertinet *lex vicesima quinta, si merces. §. qui columnam. ff. locati:* ubi Cajus inquit, *Culpa abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Unde ex contrario dicere licet: si non illa omnia facta sint, cul-

pam

pam adesse. Notandum est autem, quod ibi monet Accursius, usurpari superlativuum loco positivi: sicut aliâs etiam comparativus loco positivi reperitur, ut suprà dixi. Certum est enim ex aliis locis Juris, (ut etiam ex hac lege nostra) locatorem non teneri de levissima culpa; sed tantùm de levi. Aliud exemplum levis culpæ est in *l.26 §.ult.ff.de rei vind.* Nempe si quis navem, quam trans mare mittebat, minus idoneis hominibus commiserit. Item alia quatuor exempla uno loco recenset Cajus in *l.36. Qui petitorio.§.1.eod.tit.* Ex quibus cætera sunt de servis: postremum verò hoc est, si quis navem adverso tempore navigatum miserit, eaq; naufragio sit perempta. Aliud exemplum est in *l 30.qui occidit. §.In hac quoque. ff.ad L. Aquil.* ubi Paulus ait, Culpæ reum esse, qui die ventoso ignem immiserit in stipulam vel spinam agri sui: (sicut solebant agros urere: testibus scriptoribus Rei Rusticæ, ut Catone, Varrone, Columella, & aliis; etiam Virgilio in Georgicis) Unde latius progressus ignis etiam alterius segetem aut vineam læserit. Aliud exemplum est in hominibus curiosis: quo genere nihil est aut crebrius aut odiosius in communi vita. Nam plerisque mortalium, quasi innatum est ac nimis familiare vitium πολυπραγμοσύνης, ut plus satagant de rebus alienis, quàm suis ac propriis. Contra quod vitium, observanda est primum Regula Juris in *l.37 hoc tit. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.* Secundò observanda etiam *lex 36. repetita. C. de episcopis & clericis*, cum qua est conjungenda *lex 23. consulta. C. de testamentis.* Tertiò denique pro antipharmaco adhibendum est præceptum D. Pauli *priore epistola ad Thessalonic. cap.4 vers. 11. Operam detis*, inquit, *ut quieti sitis, & ut vestrum negotium agatis.* Aliud exemplum est in eo, qui cum sciret ac prohibere posset, ne quid fieret, non prohibuit tamen, *l.50.culpa caret.h.tit.* argumento à contrario sensu ex ea lege ducto. Quo pertinet etiam quod ait Seneca: *Peccare qui non prohibet, cum possit, jubet.* Hinc est, quod si servus domino sciente nec prohibente deliquerit, non liberetur dominus si servum noxæ dedere velit, sed totam damni æstimationem præstare cogitur: de quo alibi dixi. Sic & mala electio est in culpa, ut rectè notat Accursius *ad l. 60. cum in plures annos. § servum meum, in verb.elegissem.ff.locati*, & *in l.21. Nam & Servius §. ult. in verb.elegeris. ff.de negotiis gestis.* Unde & Cicero *in aurea illa epistola ad Q. Fratrem, de administranda provincia*, pulcrè docet, omnia illorum facta nobis præstanda esse, quos elegerimus. Sic culpæ non immeritò ascribitur negligentia custodum in officio, qui appositi sunt furioso, ut observarent, tum ne quid in se ipsum perniciosius moliretur, tum etiam ne aliis esset exitio. *l.14. D.Marcus.in f.ff de officio præsidis*, ubi Accursius hypothesin transferens ad thesin, rectissimè ait: *Nota quod quilibet in officio suo debeat esse diligens, non negligens.* Cui simile est præceptum Apostoli *ad Rom.12.* Sic Judicis imprudentia malè judicantis, culpæ annumeratur, *in l.ult.ff.de variis & extraord.cogn. & tit.Instit. de oblig. quæ quasi ex del.* qui plura quoq; alia suppeditabit exempla culpæ. Sic in culpa est, qui temerè & facilè aliquid asseverat, quod ignorabat: v. g servum, quem quis vendebat, bonæ fidei & frugi esse, cum is fur esset, quamvis ignorante venditore. *l. 13. Julianus. §. quod autem dixi. ver. quid tamen.ff.de act.empti.* Non enim debemus facilè asseverare quæ ignoramus. *arg. d.l.13.* Unde neque illi culpa carere videntur, qui nimis largi & liberales sunt,

ne dicam prodigi, in commendandis & honesto testimonio ornandis quibus libet; quasi frugi & honesti sint: cùm sæpissimè deprehendantur homines futiles, vagabundi, errones ac nequam: & testimoniis ac commendationibus suis freti, multos, quibus ignoti sunt, decipiant: quod in quotidiana vita nimis crebrò usu venit. Quocirca hac in re cautè ac circumspectè versari debemus, memores præcepti Horatiani:

Qualem commendes, etiã atq; etiam aspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata ruborem.

Atque hæc sufficiant de exemplis culpæ levis, quæ ad illustrandam ejus definitionem, & explicandam naturam afferre volui.

III. DE LEVISSIMA CVLPA.

Sequitur culpa LEVISSIMA. Hanc significant JCti. quoties dicunt diligentiam ab aliquo præstandam esse. Nam *diligentia* opponitur huic speciei sive gradui culpæ: ut *in h. ipsa l. nostra vers. in his quidam & diligentiam*: quod etiam Ant. Contius *hîc* annotavit, & Delrio, post alios. Videatur & *l. 5. §. nunc videndum est. vers. commodatum ff. commodati.* Item *l. 18. In rebus. in pr. eod. tit.* & *l. 47. cum res §. pen. ff. de legatis* 1. *l. 2. in f. & l. 3 ff de periculo & commodo rei venditæ.* Nam *in d. l. 47.* disertissime tres species distinguuntur ab Vlpiano: quarum una est ea quæ dolo proxima est, hoc est culpa lata: Altera, quæ levis est: Tertia culpa levissima exprimitur illis verbis. *aut nunquid & diligentia quoq; exigenda est ab herede?* Nam si hæc verba accipiamus de levi culpa, tum verò otiosâ & odiosâ tautologiâ bis idem dixisset JCtus; & distinxisset per particulam *aut*, quæ non erant distinguenda; quod non est credibile. Quod autem Eguinar. Baro aliter accepit nomen *diligentiæ*; pro custodia scilicet; & culpam tantùm eam intelligi voluit, quæ in faciendo sit posita: id rectè refutat ipsius auditor Ant. Contius, docetque, Culpam passim à JCtis pro negligentia vel segnitia & desidia in non faciendo usurpari. Porrò Diligẽtiæ interdum additur aliquod Epitheton: veluti *exacta*, item *exactissima*, ut in *§. Is, cui res. Instit. Quibus modis re contrahitur oblig. in vers. at is qui. junctâ l. 1. §. is verò qui ad utendum. ff. de obl. & act.* Sic *exactum officium* eodem significatu ponitur in *l. 21. in Re mandata. C. mandati. Aliena negotia, inquit* Constantinus, *exacto officio geruntur, nec in his quicquam neglectum ac declinatum, culpâ vacuum est.* Ex quibus verbis tria sunt notanda: primum, positivum *Exacto* usurpari loco superlativi *Exactissimo*; quod etiam Accursius *ibid. in gl.* eruditè monuit, & illustravit exemplo hemistichii illius Virgiliani:

—Saturnia sancta Dearum

pro *sanctissima* vel *maxima*: cui similia sunt illa apud Ennium Lucretium & alios. *Dia Dearum.* item *Die Deorum,* pro *divinissima*, vel *divinissime* &c. ut apud Homerum δῖα θεάων. Secundò, *geruntur*, idem valere quod *geri debent*. Tertiò, culpam etiam levissimam in mandato præstandam esse: quod ibidem notat glossa: ut etiam in *leg. 13. a procuratore. C. eod. tit.* Tametsi ea de re dissentientes sint opiniones inter Doctores: qua de re suo loco infrà pleniùs disseretur.

Sunt

Sunt quidem viri clarissimi qui duas tantum species culpæ esse contendunt: & *levissimam* planè rejiciunt: vel certè eandem esse volunt cum *levi*: ex quibus post Zasium *in singularibus Responsis*, est etiam doctor noster celeberrimus Hugo Donellus. *lib. 16. Comment. Juris Civilis. cap. 7.* ubi scribit *pag. 626.* levem & levissimam culpam verbis tantùm distingui; Re verò, aut certè Jure, easdem esse veteribus: eandemque esse utriusque definitionem. Sed pace illorum rectius facturi videmur, si alios sequamur duces; & cum illis retineamus tres culpæ gradus distinctos: & inter eos etiam levissimam culpam: quæ non solum tectè pluribus in locis nomine *diligentiæ* circumscribitur; Verùm etiam disertè nominatur in *l. 45. In lege Aquilia. ff. ad l. Aquiliam.* Neque ab aliis tantum interpretibus hac in re dissentit Donellus, sed etiam discedit à doctrina, suimet Doctoris Franc. Duareni V. CL qui tribus in locis suorum Commentariorum hanc nostram divisionem trimembrè constanter retinet: ut primò *ad l. 5. in actionibus. ff. de in litem jurando*: Secundò *ad l. 9 si mora. ff. soluto matrimonio*: & Tertiò *ad tit. de commodato, cap. ult.* Non negamus interim primò, quòd idem Duarenus admonet, uno tantùm loco in Jure nostro nominari levissimam culpam, nempè in *d. l. 45. In lege Aquil. a.* Secundò quod idem ait, arbitrio judicis permittendũ esse, ut æstimet, an & quænam culpa sit commissa, lata, levis, an levissima; quod & suprà notavi ex Oldendorpio: & est verissimum: eademque est sententia Joannis Fabri, probata etiam Schneidevvino *ad pr. tit. in Inst. Quib. mod. re contrah. obl. n. 40. vers. Judex tamen.*

Est igitur *levissima culpa* (ut ejus tradamus descriptionem quandam) *cum quis non adhibuit eam diligentiam, quam diligentissimus quisq; rebus suis adhibuisset*: vel, *Levissima culpa est defectus, sive absentia, sive omissio, exactissimæ diligentiæ, cum quis non eam adhibuit rei custodiam quam alius diligentior adhibuisset: argument. d. l. 1. §. is verò qui utendum. ff. de oblig. & action. & d. § Item is cui res Instit. Quib. modis re. Contr. obl* sive (ut Duareni verbis utar) *cum quis mediocrem & probabilem diligentiam communi hominum more adhibuit, sed tamen eam admisit culpam in quam vir diligentissimus non incidisset; sed quam sua sagacitate præcavere potuisset.* Exempla levissimæ culpæ sunt; v. g. siquis rem apud se depositam in cubiculo recondidit, vel in arca, & januam sive operculum probè conclusit; sed abiens non removit clavem, neque tentavit, an janua firmiter sit occlusa, quod alius diligentior facere non neglexisset: itaque occasionem præbuit furi surripiendi rem dum tentans ostium vel arcam animadvertit, non sat benè clausam esse: quo exemplo utitur Joan. Schneidevvinus, *d. loc.* Aliud exemplum affert Duarenus; nempe si quis gemmam, sibi commodatam recondiderit, & in arcâ incluserit; sed tamen fur arte aliqua eam abstulerit & surripuerit.

Cum autem dictis in locis, ut in *l. 2. & 3. ff. de periculo & commodo rei venditæ, & alibi*, fiat mentio *custodiæ*: sciendũ est, aliam esse *custodiã simplicẽ*, aliã *plenam*. Qui *simplicẽ custodiã* in se recepit, vel præstare debet, is tãtũ de levi culpa tenetur:

Qui verò *plenam custodiam* debet, is etiam levissimam culpam præstare tenetur: sive (quod idem est) custodia plena excludit culpam levissimam: simplex verò levem: quod & Delrio admonet *ad hanc legem nostram. c.1. prope finem.*

PROTHEORIÆ CAPUT SEXTUM.

DE CASU FORTUITO.

RESTAT inter evidentialia hujus legis sive protheorias, ut DE CASIBUS FORTUITIS quoque dicamus post expositum dolum & culpam. Igitur ut de *Vocabulo* primùm videamus, omitto plura ejus significata, quæ apud bonos auctores in usu Linguæ Latinæ habet: v. g. apud quos nunc pro lapsu sive ruina usurpatur, (ut cùm Horat. ait *lib.2. carm.*

Celsæ graviore casu decidunt turres:)

nunc pro morbo: nunc pro quolibet periculo: nunc pro variis atque inopinatis eventis: nunc pro temeritate opposita consilio rationi, arti & prudentiæ: (ut cùm ait Poëta, *Casus inest illic, hîc erit artis opus.*) Quorum exempla hinc inde quàm diligentissimè collecta videre licet apud Robert. Stephan. *in egregio illo Thesauro sive Promptuario linguæ latinæ.* His inquã omissis, ut illas tantum vocabuli notiones attingamus, quæ extant in jure nostro. Casus interdum pro facti specie usurpatur, quam aliqui *hypothesin*, alii *thema*, veteres *facti speciem* vocant. Ita Julianus *in l. 9. ff. de legib.* neque leges, neq; Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. Idemque & *articulos* & *causas* vocat, *in l.11. non possunt. eod. tit.* Deinde aliquando pro negligentia sive culpa usurpatur: & in hac notione, *casu factum* opponitur ei quod quis sciens prudensque commiserit, hoc est, dolo malo: sive, *Casu admissum* opponitur ei quod voluntate factum est. *vide l.9. qui ædes. ff. incendio, ruina, naufragio, & l.1. §. Divus Adrianus. ff. ad L. Cornel. de sicarijs, & utrobique Accursium in gl.* sic & *fortuitu* usurpatur apud Moysen *Numer. 35. vers. 22.* Tertia significatione in jure *Casus* usurpatur in illa juris regula, qua traditum est, Unamquamque rem perire, ubi in eum casum inciderit, à quo incipere non poterat: ubi casus significat, eventum sive qualitatem aliquam supervenientem. Verùm ex his notionibus nulla est hujus loci: Illa potius ad hunc locum pertinet, qua casus vel absolutè dictus, vel cum adjectione [*casus fortuitus,*] item [*casus major*] significat damnum ejusmodi, quod nulla interveniente vel præcedente negligentia aut culpa incurritur; sed majore quadam & occulta vi contingit, quæ vel provideri prorsus nequeat ab homine, vel cui resisti non possit, etiamsi provideatur. Unde etiam *major casus, cui infirmitas humana resistere non potest*, appellatur *in l.1. §. Is verò qui utendum. ff. de obligat. & actionib.* & Imp. *in §. item is cui res. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* conjungit hæc dúo; *majorem vim, majoresq; casus*, tanquam causam cum effectu: *vid. & l. 18. in rebus ff. commodati. & l.28. in judicio. C. de locato.*

Eam

Eam porrò vim majorem, alii Deo adscripserunt, alii fortunæ, alii denique fato; tametsi fortunam quoq; ipsam fingebant Deam; cujus imaginem pulcherrimam, ex veterum pictorum & sculptorum arte desumptam, expressit Galenus *initio aurei libelli, quem inscripsit Exhortationem ad artes*: unde plurima transtulit ferè ad verbum S. Isidorus *libr. 3. epistola 154.* uterque scribit, eos fortunam finxisse in forma muliebri, eique attribuisse clavum sive gubernaculum quod manibus teneret, pedibus verò subjecisse basin sphæricam sive globosam: oculis insuper eam orbasse: ut his omnibus significarent, fortunæ inconstantiam, varietatem atque vecordiam & cæcitatem. Eidem opponit Galenus illustri descriptione typum Mercurii: utrique verò comitatum quoque suum adjungit.

Qui Deo talia ascribebant (sicuti revera non alii tribuenda sunt, cum & Amos Propheta *cap. 3. vers.* dicat, *Non est malum in civitate, quod Dominus non fecerit*: cui consentit etiam Jeremias *in Threnis, capit. 3. vers. 37. & seq.* Unde etiam alibi Deus dicitur tradidisse alicui in manus eum, quem quis non ex insidiis neque de industria, sed involuntariè occiderit. *Exod. 21. vers. 13.*) ij appellabant θεῦ βίαν, id est, vim divinam: ut Gajus *in l. 25. si merces. §. vis major. ff. locati*: ubi videatur Budæus *in Annotat.* Eaque vis divina maximè quidem & inprimis conspicua est in fulminibus, tonitruis, grandinibus, imbribus, ventorum procellis ac tempestatibus, calamitate, sterilitate, aquarum inundationibus & diluviis: item in labe ac discessione & hiatu terræ, quod chasma vocant. De his aliquot loca Psalmorum Davidicorum adire licet: ut 29. 104. 105. 148. *&c.* Veruntamen etiam in aliis eventibus repentinis & inexpectatis eadem divina potentia elucet: ut omnes qui vident vel audiunt admiratione perculsos exclamare talia quædam oporteat: *dextra Domini fecit virtutem*: item, *A Domino factum est istud, & est mirabile in oculis nostris*: ut scriptum est *Psal. 118. v. 16. & 23.*

Porrò qui fortunæ temeritati damna istiusmodi ascribebant, ij *Casus fortuitos* appellârunt, (Fors enim est Fortuna) ex quibus est Ulpianus, qui etiam conjungit casus & fortunam *in l. 1. §. si magistratus. ff. de magistratib. conveniend.* Idemq; *in l. 2. § si eo tempore. ff. de administratione rerum ad civitatem pertin.* ait, *fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.* Similiter Imp. Alexander, (cui Ulpianus noster à consiliis fuit) loquitur *in l. 5. C. de pignerat. act.* *Quæ fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerint, &c.* Huc pertinet insignis locus Ciceronis *lib. 2. de Divinat*: *Quomodo* (inquit) *id quod temerè fit, cæco casu & volubilitate fortunæ sentiri & prædici potest?* quasi dicat, minimè potest. Et apud Virgilium *lib. 8. Æneid.* quidam ita fortunam alloquitur:

Sin aliquem infandum casum fortuna minaris.

Atque hanc ethnicam loquendi rationem interdum etiam Christiani Principes seculi sui vitio imitati sunt, ut Justinianus *in §. item is cui res. vers. & is quidem.* & *in § ult. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig.* Priore loco ait Imp. Eum qui acceperit mutuum, remanere obligatum, etiamsi quod acceperat fortuito casu amiserit: quod idem dicitur *in l. 11. Incendium. C. si certum petatur.* Sic ante Justinianum etiam Zeno *in l. 1. C. de jure emphyt.* aliquoties casus fortuitos nominat.

Etsi autem plerumque fortuiti casus appellatio tribuitur adversis & infelicibus atq; damnosis eventibus: tamen interdum (licet rariùs) etiã de secundis & prosperis in Jure usurpatur: ut cùm quis invenit thesaurum (qui alibi *donum fortunæ* appellatur à Tryphonino *in l.63.§.si is qui. ff. de acquir.rer.dom.*) hoc quoq; fortuito casu evenisse scribit Imp. *in §.thesauros. Instit.de rerum divis.* ubi Accursius, *Casus*, inquit, *est inopinatæ rei eventus, ex diversis causis proveniens, ob aliud & aliud inceptis*: quam definitionem sumpsisse videtur ex *d.l.63. si is qui.de acquir.rerum dom.* ubi hæc sunt Jurisconsulti verba: *Alij rei operam insumebat* (nempe terram fodiens) *& fortuna aliud dedit.*

Deniq; qui ad fatum tales casus improvisos referebant, ij *damna fatalia* nominârunt: ut Ulpianus idem *in l.cum duobus.52.§.damna.ff.pro socio.* ubi damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est, (ut ipse interpretatur) damna fatalia, non cogitur socius socio præstare. Sic *in l.2.§.1. ff. Nautæ, Caupon. Stabul.* si quid damno fatali accidat, non habet locum actio in factum ex edicto de receptis. Dicitur etiã alio nomine *fatalitas*, in *d.l.1.C.de jure emphyt.* qui bis ibidem *casus fortuiti* appellantur. Dicuntur autem *detrimenta fatalia in leg. 3.ff. de instruct. & instrum. legat.*

Postremò notandum, quòd aliquando *fatum* etiam pro casu ponatur: ut in *l.1. in fin.ff.de condit. & demonstr.* ubi si fato quis fecerit, quod conditione continebatur, non videtur paruisse voluntati testatoris. *Fato*, id est, casu vel forte fortuna, vel per imprudentiam: cui opponitur ibidem *scientia*. Denique *Fatum* etiam sæpè significat finem cujusque rei, quo res extinguitur: unde etiam *dies fatales* in appellatione dicuntur: ut *l.ult.C.de tempor.& repar.appell.*

Exempla casuum fortuitorum sive damnorum fatalium hæc ferè in legibus recensentur, & bona pars etiam in hac ipsa lege nostra refertur. Primò, *Animalium casus, mortesq;, quæ sine culpa accidunt*: (sic enim legendum puto cum Ant Contio,) puta si grex vel armentum morbidum fiat, & pecora moriantur: sicut solent oves annis humidioribus, & ex imbribus immodicis, aliaque cœli injuria atque intemperie, morbos contrahere, & mortem: quod idem etiam in apibus usuvenit, & in aliis animantibus. Probè autem notandum quod additur, [*quæ sine culpa accidunt.*] Nam si culpâ alicujus interveniente mortes servorum vel cæterorum animalium secutæ sint, non erunt casus fortuiti habendi; sed præstabuntur: idque à contrario sensu hujus legis, quod est argumentum in Jure validissimum. Videatur & *l. 30. in lege Falcidia.ff ad L. Falcid.* ubi & hoc exemplum, & alia plura à Mæciano afferuntur. Priusquam à primo hoc exemplo abeam, non est contemnenda observatio Grammatica: Et à Græcis θανάτυς, & à Latinis *Mortes*, sæpenumero usurpari ab optimis quibusque & probatissimis auctoribus utriusque linguæ, plurativo inquam numero. Exempla plurima collegit doctissimus & diligentissimus Weitzius, amicus noster, *in Notis ad S. Severi Carmen bucolicum, De mortibus boum*: quibus & hic locus addi poterat.

Secundò *fuga servorum, qui custodiri non solent*. Duo sunt inprimis vitia servi-

servilia: fuga & furtum. *tot. tit. ff. de servo corrupt. & aliquot locis sub tit. de ad. l. edict.* Festivè suo more lusit Martialis:

A pedibus didicere manus peccare proterva.
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Vitiis illis servorū etiam tertium addi potest, mendacium, quod alias quoq; ferè cum furto conjunctum esse solet: De Fuga *hic* agitur: & latè *in l. 17. quid sit fugitivus. ff. de adilitio edicto.* Sed enim tunc demum fuga annumeratur casibus fortuitis, si fugiat talis servus, *qui non solet custodiri*: sicut regulariter, non solebant custodiri servi, quod ea custodia & nimium esset difficilis, & usum ipsorum ferè inutilem efficeret. A contrario igitur sensu dicendum est, fugam servi non esse casum fortuitum, sed præstandum, si vel ex ex eo genere est servus, quod solet custodiri: ut fit cum quis ob malos mores & ingenium nequam suspectus est de fuga: vel in ea ætate constitutus, ut etiamnum custodia egeat: vel denique si quis custodiam servi susceperit. § *cum autem emptio. Inst. de empt. & vend. l. 21. si a bona fides. ff. de rei vindic. & l. 5. §. custodiant ff. commodati.*

Tertiò, *Rapina*: hoc est, si cui res per vim auferatur: hoc est, impetu rei majoris qui repelli non potest, ut ait Paulus *in l. 2. ff. quod metus causa.* quo pertinet *tit. ff. vi bonorum raptorum. & tit. Inst. de vi bon. rapt.* Ex quo intelligimus: Furtum, etsi valdè cognatum est Rapinæ, tamen non esse casibus fortuitis annumerandum: hoc enim provideri potest & præcaveri, nec fit diligenti patrifamilias. Qua de re videatur & Accursius *ad l. 3.* in verbis: *etiamsi sine culpa. ff. Nautæ. caupon. stabul.* & *ad l. 52. cum duob. §. damna*, in verbis: *subreptum sit. ff. pro socio.* Ubi tamen excipit *furta domestica*, quæ nominantur *in l. 11. respiciendum. §. furta domestica. ff. de pœnis*: & explicantur *in l. 91. si libertus. ff. de furtis*: ubi & Bartolus videri potest. Quantum autem & quibus in rebus præterea differat rapina à furto, alibi exponitur, neque hujus loci proprium est in eo immorari.

Quartò adduntur *Tumultus.* Grammatici tumultum dictum putant, *à timore multo.* Sed fortassis veriùs, à *tumore*, sive *tumendo* descendere dicemus. Eleganter autem Cicero *8 orat. Philipp.* distinguit inter bellum & tumultum: *Potest*, inquit, *esse bellum sine tumultu: tumultus esse sine bello non potest. Quid enim tumultus, nisi perturbatio tanta, ut major timor oriatur? unde & nomen ductum est tumultus.* Et mox, gravius esse ait tumultum quàm bellum. Quem Ciceronis locum allegat & Quinctilianus *lib. 7. cap. 3.* Videatur Servius *in 8. Æneid.* ubi quatuor genera militiæ apud veteres fuisse scribit, & inter cætera tumultum quoque nominat. Sed Jurisconsulti *tumultum* latiùs usurpasse videntur pro quolibet periculo, quod ex concursu & turba hominum impendere videtur, etiam pacis tempore. Sic *depositum tumultus causa* legimus apud Ulpianum *in l. 1. §. 1. ff. depositi*: & apud Justinianum *in §. rei persequutoriæ. vers. planè. Instit. de Actionibus.* quibus locis non est verisimile tantum militiæ quandam speciem significari. Sic Ausonius *Epicedio in patrem*:

Vitati cœtus, ejuratiq; tumultus.

Quinto

Quintò sequuntur *Incendia*. Huc pertinet *tit.ff. de incendio, ruina, naufragio.* Sic alibi quoque sæpissimè in Jure Incendium inter casus fortuitos annumeratur, hoc est, si domus vel ejus pars vel alia res fuerit combusta: ut *l.30. in lege falcidia. in pr. ff. ad leg. falcid. l.11. si vendita insula. ff. de periculo & commodo rei venditæ.* Item §. *cum autem. vers. itaque. Instit. de empt. & vendit.* Nec obstat quod plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium: ut ait Paulus *in l.3. ff. de offic. præfecti vigilum*; cui congruit, quod scribit Alfenus *in d. l. si vendita. de peric. & com. rei vend.* nō posse incendium fieri sine culpâ: intellige, illius qui ignem negligentius habuit, sive custodivit, vel qui ad fornacem obdormivit: qui quidem rem humanā passus esse dicitur ab Ulpiano *in l.27. si servus servum. §. si quis insulam. ff. ad leg. Aquil.* ex quo videbatur dicendum, Incendia non debere casibus fortuitis, sed potiùs culpæ annumerari. Respondendum est: verum quidem hoc esse, quod incendium non possit fieri absque alicujus culpa (quanquam nonnulla incendia etiā dolo fiant Incendiariorum, (durch arge list der Mordtbrenner) qui videlicet ignem dolo malo injecerunt, sed de eo genere hîc non agimus.) Et tamen illud ipsum damnum quod per incendium datum est, casum esse fortuitum, quod ad nos attinet, quorum neque dolus neque dolus neq; culpa intervenit. Et hanc solutionem suppeditat ipse JCtus *in d. l. 11. si vendita*; cùm ait: *Neque si servorum negligentiâ factum esset* (incendium) *continuò dominus in culpâ erit*, quasi dicat Alfenus, Incendium respectu quidem servorum contingit culpâ; sed respectu domini vel ejus ad quem res pertinet, est casus fortuitus, qui ad ipsum non pertinebit, neque ab ipso præstari debet. De incendiis (quod obiter indico) per quinq; capita diligenter ac succinctè explicat Mynsingerus *cent.6. observ.88* & duo extant doctissima Responsa *in consiliis Academiæ nostræ*, quorum unum est Hub. Gifanii, Doctoris mei venerandi, alterum Marquardi Freheri amici magni. Denique de pœnâ Incendiariorum, (quod etiam obiter dico) potest videri constitutio criminalis Caroli Quinti *proprio tit.*

Sextò addit Ulpianus *Aquarum magnitudines*: significans inundationes & diluvia, seu cataclysmos, quibus sæpè & homines, & jumenta aliaque pecora abripiuntur ac suffocantur: adeoque etiam tota ædificia diruuntur ac subvertuntur: maximè prope mare, vel flumina majora. *Inundationem aquæ* vocat Imp. *in §. cum autem emptio. Instit. de empt. & vendit.* Notandum est autem, hujusmodi inundationes non modò in præsens maxima damna dare: sed in futurum quoque magnas sæpè portendere calamitates: cujus rei exempla in lectione historiarum observari & annotari possunt. Atque huc pertinet etiam quam vocant Germani Wolckenbruch / quasi dicas, nubium rupturam. Eodem quoque pertinet vis fluminis, qua fundus vel pars ejus aufertur. *vid. d. §. cum autem emptio. Instit. de emption. & vendit. & § præterea. Institut. de rer. divis. & l.16. ex conducto. §.2. ff. locati.*

Septimò adjungit Ulpianus *Impetus prædonum*. *Prædo* in Jure duobus ferè modis sumitur: primò pro quolibet possessore malæ fidei, qui quamvis sciat rem ad se nihil pertinere; tamen eam vel invadit atque occupat; vel retinet, sine ulla possidendi causa, sine ullo titulo: tametsi rem vi non rapuerit, neque more latro-

nis.

nis prædatus sit. *Videatur l.11.pro hærede § 1.& 2. ll.seqq l.25 sed etsi.§.quod autem. & §.si ante.& l.31.si quid possessor.§.sicut autem.ff.de hered. pet.l.55.si urbana.ff. de condict.indebiti.l.22.si pignore.§.si prædo.ff.de pigneratitia actione.l.5.& l.13.Pomponius.§.ex facto.ff.de acquir.possessione.* Atque ita accipitur etiam *in l.126.inf.h.t. Nemo prædo est, qui pretium numeravit:* quæ regula totidem verbis extat *in l. 23. nec ullam.§ si quis sciens.ff.de hered.pet.* Hinc Ulpianus *prædonio more versari* dixit, *in allegata l.25.§.de eo autem.* id est, more possessorum malæ fidei agere. Secundò, (quæ significatio hujus loci est propria) prædo est idem qui latro & latrunculus; & opponitur justo hosti, hoc est, ei cui sive adversus quem populus Romanus, quivè ipse populo Romano bellum decrevit & indixit. *l.24. Hostes sunt. ff. de captivis & postlim.reversl.l.118.hostes hi sunt.ff.de verb.sign.* Sic Cicero *in 2.Catilin.* prædatores direptoresque in eodem genere ponit: & Livius *lib.9.de bello Punico* prædatorias classes opponit exercitui Romano. Alio nomine Impetus prædonum appellatur *Aggressura latronum*: ut *in l.5. Quæ fortuitis. C. de pignor.act.* & *incursus latronum*, in *l.1.C.depositi.& §.Item is cui.Instit.quibus modis re contrah.oblig.* ubi conjungitur *latronum hostiumvè incursus*: ne quis putet, quia in lege nostra *prædones* tantum nominantur, iccirco *hostium incursiones* non esse in casibus fortuitis numerandas; Immò verò maximè etiam hostium impetus est casus fortuitus, ut per *d.§.* manifestè probatur, & per *l. 16. ex conducto. §. 2. ff. locati.* Nec minus etiam *piratarum insidiæ* in casibus fortuitis sunt habendæ. Parvi enim refert, terrâ an mari quis grassetur & prædas agat: sicut ille quondam pirata ab Alexandro Magno captus respondisse scribitur, quærenti, cur myoparone auderet mare infestum habere, & prædas agere? *Ego*, inquit, *idem facio in mari, quod tu in terra.* Huc etiam pertinet, *effractura latronum*, quæ nominatur ab Imp. Antonino, *in l 1.C.de locato*, & conjungitur cum periculo vis majoris. Nominatur etiam *effractura crimen*, in *l.48.quæro, D.de bon.libertorum.*

Atque hæc sunt exempla sive species casuum fortuitorum, quæ in h. l. nostra habentur: quibus etiam alia plura addi possunt, ex Jure collecta: ut,

Octavò, *Ruina*, verbi gratia ædium. *l.1.§.& illa quidem.ff.de oblig.& act.* & *§. Item is cui.Inst.quib.mod.re.&c.*

Item Nonò *Naufragium, locis jam indicatis*: quod tamen intelligendum est cum hac duplici limitatione, quæ est expressa *in l.16.utiq.,in fine, & l.36. qui petitorio §.1.in fine.ff.de rei vind.* Primùm, modò ne adverso & alieno tempore navis navigatum missa sit. (Quæ autem fuerint apud veteres legitima & idonea navigandi tempora, docet Vegetius *lib.4.de re milit.c.39.*) Secundò, modò ne minùs idoneis hominibus fuerit commissa. Nam his casibus si naufragium contigerit, tunc certè præstabitur, neque amplius pro casu fortuito seu fatali damno habebitur. Scire enim debuit, navem adverso tempore navigatum missam, vel imperitis hominibus commissam, naufragio perituram: & hoc infortunium præcavere & avertere potuit. Sed hac de re infrà commodius, ubi explicabitur, quando & quatenus in contractibus præstentur casus fortuiti, qui regulariter non præstantur. Adhuc autem id potissimùm agimus, ut simplices terminos hujus legis, sicut in evidentialibus fieri solet ac debet, explicemus.

Decimò, his addendus est *turbo*, quo arbores vel ædificia vel alia dejiciuntur. *d. §. Cum autem emptio. Instit. de empt. & vend.* Turbo inter alia significat ventum vehementissimum, versatilem & se contorquentem cum fragore maximo, objecta & obvia quæque deturbantem & prosternentem: quando ut ait Silius Italicus *lib. 8.* Insanis turbinibus furit ventus: sive ut Virgilius lib. 1. Georg.

--------- Cum turbine nigro
Ferret hyems culmumq; levem stipulasq; volantes.

Et 1. *Æneid.*

--------- Rupto turbine venti
Confligunt.

Unde etiam *prælia ventorum concurrere* alibi dicuntur *eod. lib. 1. Georg.* Huc pertinet *violentia ventorum*; quæ nominatur *in l. 24 fluminum. §. 4. Servius. ff. de damno infecto*: & *vis venti* tanta, ut quamvis firma ædificia convellat. *l. 43. damni infecti, in pr. ff. eod. tit.* Exemplum extat in sacra historia S. Jobi *c. 1.* Talem quoque ventorum vim incredibilem iratus vitiis nostris Deus nobis immisit in confinio annorum M. DC. XII. & M. DC. XIII. cui similem vix quisquam meminit alias extitisse. In rei memoriam scripsi paucos Elegos, quos in gratiam Lectoris hîc inseram.

DE VENTIS SUB INITIUM ANNI M. DC. XIII. longè lateque per Europam immaniter sævientibus, & inæstimabilia damna dantibus.

QUID sibi vult tandem venti violentia tanta,
Aëra concutiens anno ineunte novo?
Tecta solo dejecta jacent, compage soluta:
Passim etiam stabula & procubuêre casæ.
Horribilis fragor in silvis auditus opacis
Humanumq; genus terruit atque feras:
Plurima dum, celso quæ pulsans vertice nubes
Eminuit nuper, concidit arbor humi,
Aut fracta in medio, aut vulsa ab radicibus imis,
Secum alias unoq; impete impete corripiens.
Aggeribus ruptis in terras se intulit æquor,
Diluvioq; homines obruit & pecora.
Quid memorem tot naufragiis infamia passim
Æquora, submersis mercibus atque viris?
Sed neque turribus ac templis furor ille pepercit:
Ex alto & gravior facta ruina loco est.
Et quis damna queat numero comprendere, latè
Tempestas per agros quæ truculenta dedit?

Fallort

Fallor? an hæc hominum signant prælu dia pugnas,
Armaq; in armatas post capienda acies?
At nos te auctorem pacis, Pater alme, rogamus,
Ut jubeas scævum hinc omen abesse procul.
Turbida tranquilla sed secula pace serenes,
Accumulesq; annum prosperitate bona.
Sic tua pectoribus gratis benefacta canemus,
Plenaq; semper erunt laudibus ora tuis.

C. R.

Undecimò, Sic *terræ motu*, quo ager ita corruerit, ut nusquam sit, est casus fortuitus & vis major. *d.l.16.§.2.ff.locati.*

Duodecimò exemplum superiori cognatum præbet *chasma*, quo fundus sive prædium perierit. *l.11.verum.§ si locupleti.ff.de minoribus. l.47. Cum res.§.ult.* ff. *de legatis* 1. Chasma παρὰ τὸ χαίνειν, est hiatus, quo terra discedit, atque dehiscit, & voragine quadam absorbet quicquid supra eam consistebat: sicut factum legimus in historia sacra, quando Core, Datan & Abiram, cæterosque illorum socios seditiosos ac rebelles Moysi, vivos ac videntes, cum omnibus ipsorum fortunis, terra absorbuit, *Numeror.16.vers.30.& seqq.* quod repetitur *Deuter.c.11.v.6.* & *Psal.105.vers.17.* dicitur etiam *labes*, à labendo scilicet, id est, corruendo. *in l.16. §.2.vers. sed etsi labes,* & *in l.ult.* ff. *locati.* Unde & Cicero *lib. 1. de div. nat.* conjungit labem cum terræ motu: & ait, ad Senatum delatam labem agri Privernatis, cum terra ad infinitam altitudinem desedisset.

Decimotertiò exemplum casus fortuiti præbent volatilia & insecta quædam, quando inusitata copia & multitudine ingruentia invadunt ac depascuntur segetes & alios fructus: ut *graculi*, *sturni*, & maximè *locustæ*. Priora duo genera nominãtur *in l.16. Ex conducto.§.2.* ff. *locati*. Et de locustis quanta sæpè damna intulerint, passim apud historicos videre licet: unde non injuria *edax locustarum pernicies* dicitur *in l.18. Excepto. C.de locato & conducto*; & inter decem plagas Ægypti una est etiam hæc, quam intulit locustarum multitudo.

Decimoquartò exemplum suppeditant reptilia quædam & vermes frugibus nocivi: ut sunt *erucæ*, sive *rancæ. dict. l.16.* Videatur & Cujacius *libr.15. observat. cap.28.*

Decimoquintò; his accedant vitia quædam & quasi morbi frugum. v. g. *Uredo, rubigo,* & *carbunculus*: accedant quoque *herbæ noxiæ*, quibus segetes corrumpuntur; ut fit, quando

Infelix lolium & steriles dominantur avenæ.

ut ait Virgilius *in Georg.* Videatur post Cujacium, & Catell. Cottam *in memoralibus* etiam Godofredus *ad d.l.16.* ff. *locati.*

Decimosextò, addamus his etiam vitia ex re ipsa nata: v.g. ut est *periculum acoris, & mucoris in vino*: hoc est, quando vinum acescit, vel vapescit. Videatur *d.l.16. §.2. in verb. veluti si vinum coacuerit.* ff. *locati, & l.1. in pr. & l.4. si quis vina* ff. *de peric. & com. rei vend.* quo pertinet etiam *vinum fugiens*, ut appellat Cic. *in 3. de off.*

F 2 Deci-

Decimoseptimò, casib. fortuitis etiã annumeranda sunt *damna ab aliis hominibus alicubi illata*. Nam quò minùs illa nobis aliquis injuria det, nullâ curâ, custodiâ aut diligentiâ consequi possumus: cum adversus vim custodia parum proficiat. *l. 19. Ad eos. ff. commodati. l. 41. sed de damno. ff. locati. & l. 31. si ea res. in pr. ff. de Actionib. empti.*

Et hæc de casibus fortuitis: qui & *improvisi* dicuntur, *in l. 13. A procuratore. C. mandati.* & *fato contingentes* in *l. 11. Verum. §. si locupleti. ff. de minorib.* Ubi Ulpianus scribit, *quod fato contingit, cuivis patrisfamiliâs quamvis diligentissimo potest contingere.* cui congruit illud Ciceronis *lib. 5. epistola 17. communem & incertum casum neq; vitare quisquam nostrum, neq; præstare ullo pacto potest.* Hottom. *lib. 4. observat. cap. 7.* omnes hos casus ad quinque genera revocat, I. ad vim divinam, (quæ non solùm nominatur in *l. 25. si merces. §. vis major. ff. locati.* sed etiam in *l. 24. § 4 ff de damno infecto.*) II. ad vim naturalem. III. ad vim humanam. IV. ad vim bestialem. V. ad vim fluminalem sive fluviaticam, itemq; maritimam. Donellus *lib. 16. Comment. juris, c. 6. p. 617.* ait: casus fortuitos vel existere à rebus superioribus, vel inferioribus; & his aut animatis, ut hominibus; iisq; vel conjunctis, ut in exercitu; vel singulis aut privatis: aut à rebus inanimatis. Plura de casibus fortuitis qui videre avet, is legat Sebast. Medicem *in tract. quem de illis fecit.*

PROTHEORIÆ CAPUT SEPTIMUM.

PRÆSTARE *quàm varias habeat significationes in Latina lingua, & quæ sit hujus loci propria.*

RESTAT ex prolegomenis *ad Legem contractus* ultimum caput, quod est de verbo *præstandi*. Eo enim Ulpianus bis *in hac lege* utitur, & sæpius *in d. l. 5. §. 2. nunc videndum. ff. commodati.* & alii alibi. Igitur *præstare* varias habet significationes, easque elegantissimas omnes. v. g. Primùm usurpatur pro excellere, vel antistare: ut cùm ait Cicero *libr. 4. de Finib. Virtus præstat cæteris rebus* & Idem *lib. 2. de leg b.* Patriam dicit charitate præstare: & Idem *in Bruto*, Mutiũ Scævolam scribit Juris civilis intelligentia atq; omni prudentia præstitisse: & *eodem libro, Doctus auditor indocto præstat.* & *2. de Inventione, suavitate & brevitate dicendi aliis præstitit Aristoteles*: & in *libr. 2. de Orat. Lepore & humanitate omnibus præstitit Socrates*: Et pulcherrimè idẽ Cic. *1. de off. Quorum patres aut majores aliqua gloria præstiterunt, ii student plerumq; eodem in genere laudis excellere.* Item *eodem lib. Difficile est, cum præstare omnibus concupieris, servare æquitatem.*

Secundò idem valet præstare quod exhibere vel dare, vel etiam adhibere. Sic dicimus præstare alimenta & alimoniam, amorem, benevolentiam, beneficium, commodum, consilium, diligentiam, favorem, felicitatem, fidem, gaudium, honorem, iter tutum, intellectum, indemnem vel indemnitatem, jusjurandum, memoriam, munus, obsequium, operam, otium, pacem, pietatem, quæstum,

quæstum, reverentiam, salutem, sapientiam, sedulitatem, silentium sollicitudinem, vires, vitam, voluptatem &c.

Tertiò præstare est præficere aliquem: vt Ciceroni, *in epistola 1. ad Q. Fratrem præstare finibus, id est præficere.*

Quartò, præstare est adducere vel sistere aliquem, ut apud Plautum *in Mostellaria.* præstare ante ædes. Quæ tamen duæ significationes paulò sunt rariores. Sequentes autem significationes sunt in Jure usitatissimæ.

Vt Quintò cùm dicunt JCti. præstare legata. *tot. tit.* ff. *de legat. præst.* Item in hac Regula. Rem legatam hæres eo loco præstare debet, in quo à testatore est relicta. *l.* 108. *si servus legatus, in pr.* ff. *de legatis* 1. Præstare id est dare, ut exponitur *in l.* 38. *quod legatur.* ff. *de Iudiciis.* sic legatorum præstatione id est solutione dicitur hæres onerari à testatore, *in l.* 98. *si plures gradus.* ff. *de legatis* 3. sic præstare fidei commissum. Dicitur *in l.* 50. ff. *de Iudiciis.* Sic præstare pecuniam & libertatem, dicitur *in ead. l.* 108. *§. penult.* & præstare usuras *in l.* 1. §. 1. ff. *de usuris.* id est solvere vel pendere, quo verbo etiam *ibid.* utitur Papinianus *d. l.* 1.

Sextò dicunt JCti. præstare alteri suas actiones adversus alterum: ut *in d. l.* 108. §. *Qui margarita.* ff. *de legat.* 1. significare volentes cessionem actionis. Similiter usurpatur verbum *in l.* 6. *licet* §. *ult.* ff. *Nautæ caup. stabul.* & *in l.* 2. ff. *depositi.* & *l.* 31. *si ea res.* ff. *de act. empti*: quod alias apud eosdem est, exhibere, mandare, transferre: & usitatius, cedere actiones, Hæc enim omnia idem valent: ut docet adversus Accursium Giphanius *ad l.* 1. *C. de oblig. & action.*

Septima significatio huius loci est propria, *præstare* enim idem hic valet, quod in se aliquid recipere tuendum, vel etiam cogi aliquid luere, seu resarcire, seu emendare damnum ex ea re datum, vel exortum. Germani dicunt gut für etwas sein / oder gelten. Item für etwas hafften / oder verbunden vnd verpflichtet sein. Sic dicunt JCti. præstare dolum, culpam latam, levem, & levissimam: præstare diligentiam, casum, periculum interitum, damnum fatale, vel fatum; ut passim alibi, sed maximè *in h. l. nostra,* & *in l.* 5. §. *nunc videndum* ff. *commodati* (ubi etiam verbo *exhibendi* sic usus est Vlpianus.) & *in l.* 108. *si servus.* §. 12. *cum quid tibi legatum.* ff. *de legatis* 1. Item *in l.* 1. *C. depositi,* & *in l.* 13. *A procuratore. C. Mandati.* sic Cicero *in* 1. *de Orator. Istam culpam quam vereris ego præstabo.* Item *lib.* 6. *Epist. ad Torquatum; Simus igitur ea mente quam ratio & veritas præscribit, ut nihil in vita nobis præstandum præter culpam putemus.* Et *lib.* 9. *ad Petum Nihil esse sapientis præstare præter culpam,* sic *d. lib.* 1 *de orat. Defendebamus,* inquit, *quidquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset, neq; declarasset præstari debere;* & *pro Muræna, Periculum iudicii præstare debet, qui se nexu obligavit.* Huc pertinet magnopere locus insignis *lib.* 3. *de offic. Qui sint boni, & quid sit benè agi, magna quæstio est: Quintus quidem Scævola Pontif. Max. summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur,* Ex Fide Bona: *Fideiq; bonæ nomen manare latissimè: idq; versari in tutelis, societatibus fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas continetur. In his magni esse iudicii statuere, præsertim cum in pleriq; essent iudicia contraria, quid quemq; cuiq; præstare oporteret.* Et mox: *Nec verò in prædiis solùm jus*

civile, dictum à natura, malitiam fraudemq; vindicat, sed & in mancipiorum venditione, venditorum fraus omnis excluditur. Quod enim sciri debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestatur edicto Aedilium, & paulo antè eod. libro. *Judex,* inquit, *ita pronuntiavit: cum in venundando, rem eam scisset & non pronuntiavisset, emptori damnum praestari oportere;* Et inferiùs, *Jus Crassus urgebat, quòd vitium venditor non dixisset, sciens id oportere praestari.* Quae omnia mirè faciunt ad illustrandum Juris nostri titulum *de Aedilitio edicto,* videatur maximè *l.17. Quid sit fugitivus* §. *ult.* cum *2. ll. seqq. ff. illo tit.* Neque minùs illustris est locus apud eundem Ciceronem *in Topicis ad Trebat,* qui simul valde conducit ad JCtorum & Juris prudentiae amplificandam dignitatem: *Privata,* inquit, *judicia maximarum quidem rerum in JCtorum mihi videntur esse prudentia. Nam & adsunt multum, & adhibentur in consilio, & patronis diligentibus, ad eorum prudentiam confugientibus, hastas ministrant. In omnibus igitur iis Judiciis in quibus* EX FIDE BONA *est additum plurimus earum usus est:* ubi verò etiam, UT INTER BONOS BENE AGIER inprimisque *in arbitrio rei uxoriae; in quo est* QUOD AEQUIUS MELIUS. *parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curaßet, ei cujus ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret: quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

Et haec de verbo *praestare*: cui ut diximus aliquando aequipollet *Exhibere*: ut culpa exhibetur *in d. l. 5. §. nunc videndum. ff. commodat.* Aequi pollent etiam istae formulae: *in contractum venit* dolus vel culpa, vel diligentia: vel custodia: item *contractus recipit* dolum, culpam, diligentiam: non recipit casum. Posteriore modo & *in hac ipsa l. nostra* Ulpianus non semel loquitur: priore modo cum alibi, tum *in d. l. 5. ff. commodati.* Praetereà idem aliàs quoq; dici solet, *teneri* aliquem de dolo, de culpa, de casu: item de eo quanti vel quatenus interest: ut *in l. 16. ad comparandas. C. Mandati.* Deniq; idem valet aliquando *condemnandum esse* de dolo, vel de culpa, ut apud Modestinum *lib. 2. differentiarum* relato *in collatione legis divinae, cum LL. Romanis tit. 10. de deposito.*

Vt igitur tandem concludamus, *praestare dolum* vel *culpam*, non est, ut imperitior aliquis fortasse putet, committere dolum, vel culpam: sed potiùs resarcire alteri damnum, dolo vel culpa datum. Significatur enim metonymicè effectus per nomen causae; sive consequens per vocabulum antecedentis; ut rectissimè admonuit Philip. Matthaeus *ad h. l. n. 3.*

PROTHEORIAE CAPUT OCTAVUM.

DE COMMENTATORIBVS HVIVS legis.

HUcusque fuerunt septem capita prolegomenorum necessariorum & utilium non modò ad hanc legem nostram pleniùs intelligendam, sed etiam ad alia Juris Civilis & bonorum auctorum, loca. v. g. primum de-

de Inscriptione hujus legis & Auctore ejus Ulpiano; Scundò de summa, scopo atq; intentione hujus legis, & aliis locis consimilibus. Tertiò, de contractibus in genere. Quartò de iis pue veniunt in contractibus vel non veniunt: & in specie, de dolo. Quintò, de culpa. Sextò, de casu fortuito. Septimò de verbo *Praestare*, quam vim hoc loco illud habeat. His postremò etiam Octavum caput adidi potest, nempe de celebrioribus interpretibus qui ad hanc legem sunt commentati. Eorum alii ad totum tit. *de Regulis Juris* scripserunt; ut Bulgarus, Placentinus, Philip. Decius, Maynerius, Ioan. Ferrarius Montanus, Hieron. Cagnolus. Pet. Faber, Iacobus Ravardus, & utriusq; doctor Cuiacius, Christoph. Sturcius, Philip. Matthaeus. Alii verò ad hanc duntaxat legem vel paucas praetereà alias, commentati sunt; ut Ioannes, Igneus, Hugo, Cynus, Campanus, Anton. Contius, (qui Cuiacii collega doctissimus fuit, Epitaphio quoq; versu glorioso ab ipso ornatus;

Hic jacet aeternis victurus Contius annis.

Henricus Bocerus, amicus noster, Hubert. Giphanius, & Marc. Ant. Delrio: qui quidem gloriatur à nemine ante se hanc legen satis idoneè fuisse explicatam, se vero novam interpretandi methodum illi adhibuisse: in quo satis jactabundè se gerit, nihil alienum faciens à more gentis suae. Est enim Hispanus. Illud tamen ingenuè; quod fatetur, à quibus fuerit adjutus, nempe in Methodo à Ioach. Hoppero Frisio, qui interpraetationem facit quintuplicem; Historicam, Etymologicam, Pragmaticam, Analogicam, & Forensem: In rebus autem ipsis ab aliis commentatoribus.

INCL

INCIPIT IPSE COMMENTARIVS.

CAPUT PRIMUM.

Continens Legis hujus partitionem.

DEINCEPS, à prolegomenis, quæ majoris evidentiæ, & plenioris intellectus causa præmisimus, ad rem ipsam, id est ad specialem legis nostræ interpretationem accedendum est. Initio autem ad memoriam nobis revocare debemus quadrimembrem partitionẽ hujus legis, quàm suprà tradidi *sub 2. cap. prolegomenorum* Nam Primùm docetur hìc, quid ex natura cujusque contractus in illum veniat, & quid à contrahentibus sibi invicem sit præstandum: ubi inquam dolus tantùm præstetur, & (quæ sub hoc in contractibus semper comprehenditur) lata culpa; ubi prætereà supra dolum & latam culpam, simul etiam levis culpa, (quæ & absolutè *culpa* dicitur) præstanda veniat: denique ubi præter dolum ac latam & levem culpam insuper etiam diligentia sive levissima culpa præstetur. Secundò traditur Exceptio: Extra quam siquid pacto incontinenti adjecto fuerit de consueta & ordinaria sive regulari natura alicujus contractus fortè immutatum: quod fit vel detrahendo vel adjiciendo quidpiam, ut suo loco infrà explicabitur. Tertiò subjicitur exceptio hujus exceptionis, sive quasi replicatio quædam; Nisi pactum fuerit injustum, & inutile: ubi declaratur, quænam pacta sint inutilia & injusta, sive à Jure bonisque moribus exorbitantia & improbata. Quartò & Ultimò, afferuntur casus fortuiti, qui à nemine in ullo bonæ fidei contractu sive negotio præstandi sint regulariter: nisi fortè aliud quid accesserit: puta quòd quis pacto in se receperit periculum sive casum: vel quòd culpa aliqua ipsius intervenerit, ex qua deinde casus & interitus rei fuerit secutus: quam interpretes vocant *culpam ad casum ordinatam*.

Alii tantùm tres hujus legis partes constituunt: nempe ut secunda incipiat ibi: *Sed hæc ita &c.* Tertia ibi: *animalium verò casus &c.* Quam partitionem etiam Doctiss. Contius retinet. Sed non erat prætereunda etiam illa pars de pactis inutilibus, quæ est in vers. *excepto eo*: ac propterea Delrio secundam partem subdividit in duas alias; videlicet in regulam de pactis eorumque effectu in immutandis contractibus; & in regulæ exceptionem. Quod eòdem fere cum nostra partitione recidit: extrà quàm quòd JCtus de pactis non tàm ut regulam, quàm ut exceptionem à regula affert: quod satis indicant particulæ *Nisi si*; quæ sunt notæ exceptionis: ut docui *ad tit. de Except. in Instit.* Non nego tamen, posse unam eandemque

demque sententiam diverso respectu dici nunc Regulam, nunc Exceptionem.

Dicam, si potero, etiam planius, quid hic lege agatur: Tota hæc lex absolvitur Quatuor principalibus & latioribus propositionibus. Prima hæc est: Contractuum alii ex natura sua sive regulariter dolum tantùm recipiunt: sub quo etiam latam culpam semper intelligimus: & hi quidem sunt paucissimi. Alii dolum & culpam: hoc est dolum, latam & levem culpam, qui quidem sunt plures: alii denique etiam diligentiam h.e. præter dolum & latum ac levem culpam etiam levissimam: qui sunt item pauciores. Secunda propositio principalis est ista: Pactis, vel detrahentibus vel adjicientibus, aliquid potest de natura & regula contractuum immutari: & quod pacto inter contrahentes placuerit, hoc servandum atq; custodiendum est: cum det legem contractui: Tertia propositio hæc est: Pacta injusta & inutilia non sunt in contractibus servanda: neque informant contractus, vel actionem pariunt, vel exceptionem: v. g. quibus dolus remittitur, sive cùm quis paciscitur, ne de dolo futuro secum agatur. Quarta est propositio: Casus fortuiti, seu fatales, atque improvisi, in nullo bonæ fidei judicio præstandi sunt: Quorum quidem exempla aliquot hic recensentur. Sunt prætereà plures speciales propositiones in *h. l.* involutæ, quæ sub prima comprehenduntur. De his infrà separatim agetur.

CAPUT SECUNDUM,

De Prima Parte hujus legis.

VIDEAMUS igitur primò: *quid unusquisq; contractus recipiat ex naturâ suâ*: (sic enim eleganter supplent Harmenopulus, & Contius, quod absolutè dixerat Ulpianus, *Contractus quidam recipiunt.*) & quid is qui ex eo est obligatus, alteri præstare debeat regulariter: ubi pauca præmonuero; ut primò, nomen *contractus* hic includere etiam quasi contractus; ut perspicuum est, ex tutelæ & negotiorum gestione inter exempla hic allatis. notum est enim hos esse quasi contractus. *§. 1.* & *§. tutores Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* Deinde contractus & quasi contractus hic enumeratos, sive actiones inde ortas, omnes esse bonæ fidei. Quod etiam satis indicat Ulpianus illis verbis *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est*; idemq; & Anton. Contius bis tervè *ad h. l.* admonet. Tertiò non omnes etiam bonæ fidei contractus hic enumeratos esse. Sunt enim plures quàm hi duodecim qui hic recensentur; ut videre licet *in §. Actionum. Instit. de Act.* Omittitur quippe *arrhæ datio*: quæ tamen etiam est contractus, non minùs quàm pignoris datio; & quidem est contractus bonæ fidei: ut docui *ad init. tit. Instit. de emptione & vendit.* videatur & *tit. Cod. de sponsalib. & arrhis sponsalitiis*, & *tit. C. si rector provinciæ vel ad eum pertinentes sponsalitias dederint arrhas.* Omittitur quoq; *permutatio*, quæ est contractus similis emptioni & venditioni. *§. item pretium* & *§. diversæ scholæ auctor. Instit. de empt. & vendit. l. 1. ff. de contrahenda empt. l. 1. ff. de rerum permut.* & *l. 5. Naturales. §. 1. ff. de præscriptis verbis.* Omittitur etiam *Æstimatio*: de qua est *tit. in ff. de æstimat. act.* & *in d. §. Actionum*, in verbis *quæ de æstimato proponitur. Instit.*

de Actionib. Omittitur deniq; *divortium*: tametsi hoc potius est distractus matrimonii quàm contractus, ut rectissimè admonet Ant. Gontius. Verùm ut maximè illi contractus, & fortassè alii quoq;, hic sint omissi: tamen sciendum est, exempla non restringere regulam, sed illustrare. Nam neq; omnes casus fortuiti hic afferuntur in vers. *animalium*. Sed sunt multò plures, ut suprà de monstravimus.

Priusquā autē enunciationes aliquot speciaiores ex hac lege colligamus; exemplo Antonii Contii, (qui verissimè & doctissimè monuit, Sicut tot sunt stipulationes quot sunt res: sic etiam tot esse hic simplices enunciationes quot sunt res.) illud meminisse debemus, posse etiā altiùs ascendi, ut generalem regulam ita quàm brevissimè concipiamus quadripartitò: In omni contractu dolum præstandum esse: & ne præstetur, ne pacto quidem effici posse: In nullo contractu casum fortuitum: In quibusdam culpam præstari debere, scilicet levem: In aliis insuper etiam diligentiam, id est culpam levissimam. Ratio de prima parte, cur inquam dolus ubiq; sit præstandus, ac ne remitti quidem in futurum possit, hæc est: quia dolus est planè voluntariæ malitiæ, & ad delinquendum impellit: proindeq; non debet tolerari, neq; impunitus esse. De altera parte, id est cur casus fortuitus in nullo contractu præstetur, ratio est: quia hic planè præter voluntatem & invitis accidit: nec est in potestate hominis eum evitare, ut suprà docui: ideoq; est meritò extra pœnam. Deniq; de culpa cur & illa in quibusdam præstetur contractibus, ratiò est: quia hæc est voluntaria: sive quia eam declinare, eaq; vacare, non est supra hominis vires. Cur autem in quibusdam sufficiat præstare dolum, in aliis levem culpam, in aliis hoc ampliùs etiam levissima culpa præstanda sit; ratio redditur ab Ulpiano *in l. 5. §. 2. nunc videndum. ff. commodati*, & *in l. 108. S. servus §. cum quid. ff. de legat. 1.* quæ est lex Africani de qua & Cuiacius videatur *in tractatu 5. ad Afric.* sed hæc omnia melius intelligentur infrà in progressu explicationis. Ad hunc locū pertinet præclara illa disputatio Aristotelis, *init. lib. 3. Ethic* quæ magnū lumen afferre potest, tàm huic nostræ tractationi quàm universo Juri civili & actionib. humanis, quarum ibi principia traduntur: de iis scilicet, quæ spontè vel invitè facta sunt.

Sed jam dictis nonnulla obstare videntur: quæ breviter diluemus. Nam 1. ei quod diximus, dolum in quolibet contractu præstandum esse: (hoc est, ab omnibus contractibus dolum malum abesse atq; exulare oportere; sive contractus aliquis sit bonæ fidei, sive sit stricti Juris: cum hoc tamen discrimine ut bonæ fidei contractus, cui dolus causam dedit, ipso Jure sit nullus; stricti autem Juris contractus valeat quidem mero jure, sed tamen ope exceptionis doli corrigatur: ut explicatur *in l. 7. Et eleganter. §. hoc enim. ff de dolo malo.* & *in l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb. obl.* videantur & *h. ll. l. 57. domum. in f. ff. de contrah. empt. l. 3. in contractibus. C. quib. ex causis majores. l. 4. Bonam fidem C. de oblig. & act. l. 31. Bona fides. ff. depositi. l. 59 si mandatu. §. Paulus ff. Mandati. l. 5. si dolo C. de rescind. vendit. l. 16. In causa §. 1. ff. de minoribus*) Ei ergo obstare videtur, quod *hac ipsa leg. nostra* ab Ulpiano dicitur; *contractus quidam dolum malum recipiunt.* Hinc enim ita quis argumentabitur: si QUIDAM tantum recipiunt dolum malum, ergo non in omnibus contractibus dolus est præstandus. Respon. Non hoc vult Ulpianus, quasi quidam sint contractus, in quibus dolus malus non præstetur, sed impunè pos-

sit

sit committi. Hoc enim falsum & absurdum esset, plurimisque aliis locis, quorum præcipuos modò adduxi, manifestè repugnaret. Non igitur talem facit antithesin JC. Alii contractus recipiunt dolum; alii non recipiunt: hoc est, aliqui sunt contractus in quibus dolus præstatur, aliqui in quibus non præstatur: Sed hæc potiùs ejus mens est, ut ex toto contextu apparet, quod discrimen facit inter contractus bonæ fidei, eorumque nonnullos esse ait in quibus *tantùm dolus præstetur*: & sub eo comprahensa vel sub intellecta lata culpa, quæ reprahendat dolum, & prope dolum & instar doli est: nonnullos verò esse in quibus *præter dolum præstetur etiam culpa*, videlicet levis: Deniq; nonnullos, in quibus *etiam diligentia*, id est levissima culpa veniat præstanda. Non quasi dolus in secundo & tertio genere non debeat præstari: immò verò maximè in his etiam dolus præstandus venit semper. n. hoc pro certo tenendū est: à quocunq; id quod plus est, exigitur, ab eodē multò magis id etiam exigi quod minus est: cum in eo quod plus est, semper insit minus, ut ait Paulus *in l. 111. in pr. inf. h. tit.* verbi gratia, plus est præstare diligentiam, seu levissimam culpam, quàm levem: ergo qui tenetur de culpa levissima: idem multo magis etiam de levi culpa tenetur: item plus est præstare levem culpam, quàm latam culpam: ergo qui de levi culpa tenetur: idem multò magis præstare debebit, si quid per latam culpam seu magnam negligentiam dederit damni. Deniq; minùs est & leviùs teneri de dolo tantum, quàm etiam de culpa: ergo qui tenetur de culpa, idem etiam, & multò quidem magis, tenebitur, si dolo quid admiserit. Hæc autem omnia non convertuntur. Neq; enim ubicunq; dolus præstari debet, ibi etiā culpa aut diligētia præstanda venit. Et hæc de priori objectione.

Sequitur paulò gravior altera. Nam quod diximus, in omnibus contractibus dolum præstandum esse, huic obstare videtur. *l. 16. In causæ. §. pen. ff. de minoribus* & *l. 22. Item si pretio §. ult. ff. locati* Priore loco ait Ulpianus & dicti sui auctorem laudat Pomponium in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. In altera lege ait Paulus, Et in emendo vendendoq; & in locationibus quoq; & conductionibus naturaliter concessum esse invicem se circumscribere. Permissà igitur in contractibus circumventione & circumscriptione, permissus intelligi debet dolus. Nam circumscriptum vel circumventum esse nihil aliud est quam deceptum esse dolo malo quibus verbis sæpè utuntur JC. cùm de dolo ac deceptione loquuntur: immò etiam Cicero cum *lib. 3 de officiis.* ait, circumscriptionem adolescentum vindicatam esse lege Lætoria: & *in oratione pro Cluentio* inquit: *Cum omnis ab his fraus, omnes insidiæ circumscriptionesq; adolescentium nascerentur &c.* Sic & Jurisconsulti: ut *in leg. 1. §. dolum* in verbis; *ut quis circumveniatur* & *in leg. 5.* in verbis *si quis pupillus circumscriptus sit*, & *in leg. 7. in pr. in verbis, si minor consilio servi circumscriptus.* & mox: *si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est.* & *in leg 16. Item excidit.* in verbis: *scire enim debet Actor in qua re circumscriptus sit*: & *in leg. 18. Arbitrio. §. dolo* in verbis, *ne lex circumscribatur. ff. de dolo malo. Ne lex circumscribatur*: hoc est, ne quid in fraudem legis fiat retentis quidem verbis ejus, sed violata sententia, ut alibi dicitur. *leg. 19. contra legem*, ubi etiam verbo *circumvenia-*

endi Paulus utitur, & *in l. 30. fraus enim legi fit. ff. de ll.* Quo modo etiã *circũscribi Jura* legimus apud Lactantium *in Epitome divin. Instit. c. 3. Circumscribi etiam jura cœperunt: siquidem ipsi Præsides Legum præmiis muneribusq; corrupti, vel in remunerationem malorum, vel in perniciem justorum sententias venditabant.* Sic *& l. 9. si ex causa. §. 1.* in verbis: *si totum patrimoniũ circumscripta in dotẽ &c.* & *l. 16. in causæ. §. 1. si minor circumscriptus societatem coierit*, & *l. 17. Præfect.* in verbis: *vel adversarii circumventionis.* & *in l. 41. si Judex circumvento in venditione adolescenti. ff. de minoribus.* Sic *religio judicis circumventa* legitur *in l. 33. D. Hadrian. D. de re judic. & alibi.* Sic Paulus *in l. 7 §. 1. ff. de Exceptionib. Si quis fidejusserit pro minore 25. ãnis circũscripto, id est decepto per dolũ malũ.* Eodẽ igitur modo etiã *in suprà dd. duab. ll.* videntur accipienda verba *circũscribere*, & *circũvenire*; ut scilicet in illis contineatur dolus malus, qui in contractibus probetur. Sed nullo modo existimandum est, tantos viros, qui æquitatis ac justitiæ alioquin studiosissimi ac servantissimi fuerunt, approbatores, patronos, & auctores doli & perfidiæ extitisse: quibus potius Jus civile ubique maximè resistit & occurrit, quantum potuit: *argument. totius tit. de dolo malo. & tit. ff. quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* juncto *tit. Cod. de revocandis his quæ in fraudem creditorũ. & tit. si quid in fraudem patroni,* & *§. in fraudem Instit. qui & ex quibus causis manumit. non poss.* & *§. Item si quis in fraud. tit. Instit. de Actionibus.* item *argumento tit. Quod quisq; Iuris &c.* & *tit. de alienatione Iudicii mutandi causa facta.* cum locis similibus: ut ita minimè sit credendum aut verisimile, tantoperè Jus Civile hac in re à semetipso diffidere, ut fraudem ac dolum, quem alibi improbat, excludit & rescindit, duobus illis in locis voluerit probare ac permittere: quasi oblitum sui ipsius.

Vera autem illorum locorum sententia quæ ex ipsismet earundem legum verbis manifestò colligitur, hæc est: Quod naturaliter liceat & concessum sit contrahentibus se circumvenire & se invicem circumscribere, non quolibet modo aut qualibet in re; sed, ut sunt verba dictarum legum, in Pretio emptionis & venditionis itẽ in Mercede locationis & conductionis; nempe ut quis quod pluris sit, minoris emat, vel cõducat; & cõtra, quod minoris sit, pluris vẽdat vel alteri locet. Hæc, inquã, circũventio, & hæc circũscriptio, cõtrahentib. est cõcessa; quæ tamẽ nõ est fraus vel deceptio, vel dolus; sed est industria, & solertia atq; vigilantia, in rebus suis & commodis, absq; alterius incommodo & detrimento augendis & amplificandis; estq; concessa ac licita *naturaliter*, hoc est Jure Gentium, ut Godofredus interpretatur. Possumus etiam *naturaliter* accipere, pro non repugnante æquitate naturali; cum unicuique liceat sua augere commoda, suam rem benè gerere, sibi vigilare, suam conditionem facere meliorem, absque alterius injuriâ; vel denique *naturaliter* interprætari licet, cum Cuiacio *ad libr. 34. Pauli ad edict.* de natura horum contractuum emptionis & locationis. Natura illa est: quod pretium rei non est uniusmodi & semper certum, quasi in puncto mathemtico positum; sed est varium & instabile, pro temporum diversitate, pro regionibus, pro copia, vel paucitate rerum, deniq; pro cujusque necessi-

necessitate, vel parva, vel magna, vel nulla. (unde est illud verus: *Asse carum est quod non est utile vel necessarium* : & præceptum œconomicum huc pertinet: *Emas, non quod opus est, sed quod necesse est.*) Sic & in locatione & conductione, (quæ iisdem penè regulis Juris cum emptione & venditione consistere, eique proxima esse dicitur *initio tit. Inst. de locat. & conduct. l. 2. D. locati.*) mensura mercedis sive locarii est, usus & utilitas rei : quæ mensura cùm variet multis modis; nihil mirum est, si ipsa quoque mercedis quantitas non sit uniusmodi, sed varia & inconstans: quoad definiatur & determinetur certaque fiat conventione contrahentium. Sed & hoc pertinet ad naturam horum contractuum, quod diversum sit votum emptoris & venditoris; nec non votum locatoris & conductoris: sicut de emptore & venditore eleganter explicat *l. 8. C. de rescind. vendit.* quæ omnia etiam ad locatorem & conductorem pulchrè accommodari possunt. Venditor hoc animo & voto ad contrahendum accedit, ut quàm potest maximo pretio & carissimè vendat : quod quidem ipsi minimè vertendum est vitio : cùm nemo prohibeatur conditionem suam facere meliorem absque alterius injuria : & cùm lucri causa soleant homines contrahere *arg l. 25. Actionum. §. 1. ff. de oblig. & act.* in verbis: *ex contractu actio est quoties quis sui lucri causa cum alio contrahit.* Jure autem suo qui utitur, is nemini facit injuriam. Contrà, Emptor hoc animo & voto prœditus est, ut cupiat quàm minimo rem comparare. Quam in sententiam multa habet Seneca *in libb. de beneficiis*, maximè *lib. 6. cap. 38.* & Terentius eòdem allusit, cùm ait *in Eunucho*; *Emas quàm potes minimo, si parvo non potes, at quanti queas.* Ut autem ex hac discrepantia & diversitate votorum & voluntatum uterque contrahentium tandem in unum conveniat, longo sæpè tractatu opus est : in quo emptor quidem aliquid offert ad licitationem sive indicationem venditoris: venditor autē de priore summa quam initio nominaverat, aliquid remittit, quasi descendens: emptor priori summæ aliquid adjicit: venditor rursum aliquid remittit: quousque tandem in unum consentiant, certum ac definitum pretium: ut & *d. l.* 8. hunc tractatum eleganter describit & comprobat communis vitæ experientia quotidiana, in rerum maximè immobilium & pretiosarum emptione & venditione: nec minùs etiam in locatione & conductione rerum. Ad hunc ergo modum utrinque definità quantitate vel pretii vel mercedis, contractus est perfectus, & ita quidem ut amplius ab eo resilire, alteruter non possit invito altero. Excipitur duntaxat nimia defraudatio: h. e. nisi quis deceptus sit ac læsus ultra dimidium justi pretii, ut est comprehensum in illa nobilissima *l. 2. Rem majoris. C. de rescind. vend.* Ad quam latissimi extant Doctorum Commentarii, & maximè Arii Pinelli. Tunc enim potest peti rescissio contractus: quà petità, est in arbitrio Rei, utrum velit rem restituere, an verò id quod alteri abest, usque ad dimidium justi pretii supplere. *d. l. 2.* Ex quibus omnibus satis apparet, dictis legibus minimè probari, vel à Jurisconsultis admitti dolum malum in Contractibus.

His ita in genere expositis, deinceps ad speciem descendamus, hoc est, videamus de singulis contractibus bonæ fidei: primùm quidem in h. l. enumeratis: deinde etiam de aliis hìc prætermissis: quid in unoquoque illorum præstandum sit.

CAPUT TERTIUM.

DE DEPOSITO.

REGULA est: *Contractus depositi dolum tantum recipit*: hoc est, ex natura depositi est, ut in eo præter dolum nihil præstetur, (sub dolo autem etiam lata culpa in contractibus venit & comprehenditur, ut & suprà admonui,) sive depositarius, hoc est, is apud quem res aliqua deponitur, ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. Extat hæc Regula non solùm hic, sed etiam *in l.5. si ut certo. §. nunc videndum. ff. supra commodati & in l.1. §. 8. si vestimenta. & § ult. ff. depositi.* & *in l.1. C. eod. tit.* & *l.1. §. is quoq; ff. de oblig. & actionibus* & *§ præterea. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Congruit etiam Modestinus, qui ad hunc modum scribit *in fragmentis ex lib. 2. Differentiarum. in libello, qui inscribitur* LEX DEI, *Qui depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est.* Intellige de culpa levi, ut suprà dictum. Nam de lata culpa certè tenetur. *l.32. Quod Nerva. ff. Depositi.* & *d l.1. C eod.* & *d §. Is quoque. in fin. Institut. quib. mod. re contrah. oblig.* Ratio autem hujus regulæ redditur illa: Quia in deposito nulla versatur utilitas ejus apud quem deponitur: sed illius duntaxat, qui rem apud alterum deponit, & ipsius fidei committit, atque commendat: Unde etiam *commendatum* interdum usurpatur pro deposito: ut *in l. 6. Is penes quem.* & *l. 9. Cum hereditas. C. Depositi.* Nam *commendare* nihil aliud est quàm deponere, ut ait Ulpianus *in l.186 de verb. sign.* Sed interdum reperias *commendatum* depravari à librariis, & perperam mutari in *commodatum*: quæ duo plurimùm differunt. Nam *commodatum* fit & conceditur ad usum; unde etiam sæpè *utendum datum* solet appellari: sed *commendatum*, (id est, depositum) non debet in suos usus convertere is, cui res commendata, sive apud quem deposita est. Exemplum talis depravationis sive permutationis, geminum extat *in d. fragmento Modestini*, quod ibi etiam annotavit Pet. Pithœus. Et aliud est *in l. ult. C. commodati*, quod etiam observavit Cujacius. Nam pro eo quod vulgò legitur: *prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*: corrigendum monet, *restitutio commendati*: ut hæc sit sententia, Repetenti restitutionem depositi non posse objici compensationem. *l pen. C. Depositi*, & *l. ult. prope finem. C. de compensat.* Atque ita potiùs sub *tit. depositi*, ea lex fuisset ponenda, quàm sub *tit. commodat.* à quo putat Cujacius eam esse alienam & fugitivam. Tametsi non ignorem, Joan. Oldendorpium *class. 4. actione 15.* defendere vulgatam lectionem; quam ita accipit quasi loquatur de alio debito non pertinente ad rem commodatam. Sed hæc obiter, nec tamen ut puto inutiliter, de verbo *commendandi*, in significatione depositi. Nunc ad rationem Regulæ revertamur. Ea extat *in d. l.5. ff. commod.* & *in l.108 si servus legatus § Cum quid. ff. de legatis 1.* & apud Modest. *in d. loc. ex lib. 2. differ.* Ex quibus locis sumitur hæc, quæ etiam generalior est, regula: In quocunq; contractu bonæ fidei, unius contrahentium solius commodum versatur, in

eo contractu hoc servatur, ut dolus malus tantummodò præstetur. Hinc majori propositioni jam addatur minor: Atqui in deposito versatur tantùm unius commodum, nempè illius qui deposuit; depositarii verò nullum. Illius enim interest, rem suam in tuto apud amicum esse collocatam: Hujus verò non interest, neque inde ditior fit. Ergo in deposito, qui ex eo contractu convenitur, dolum duntaxat præstare debet. Nam si quid ultra dolum præstare cogeretur, tùm verò nimis gravaretur ob eam rem, ex qua nulla utilitas ad ipsum redit: quod ab æquitate alienũ Legislatores existimarunt. Ex ijsdem locis sumitur & altera Regula generalior: In quocunq; contractu bonæ fidei, utriusq; contrahentis commodum versatur, in eo hoc servatur, ut non solùm dolus malus, sed etiam culpa præstetur. Cujus ratio est, quia hunc ad quem ex contractu redit utilitas non minùs quàm ad alterum etiam ad quiddam amplius obligari & teneri æquum est. Sed de hac Regula infrà pleniùs dicemus. Accedit ad priorem rationem etiam altera, *in d.l.1.§. Is quoque. ff. de obl.& act.* quæ etiam repetitur ab Imper *in § præterea. Inst. quib.mod.re contrah. oblig.* Quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, id est, apud talem deponit, non ei, sed suæ facilitati imputare, & de se queri debet. Sed hæc tamen ratio non tàm est apta, nec tàm benè stringit aut urget, ut prior. Nam & de eo qui parùm diligentem socium sibi assumpsit, similiter dici solet, ipsum de se queri, & sibi imputare debere: & tamen in societate non tantùm dolus, sed etiam culpa præstatur. §. *ultim. Instit. de societate,* & *l.52. cum duob. §. 2. utrum,* & *l.72. socius socio. ff. pro socio.* Quanquam hac de re olim dubitatum fuisse ex istis locis apparet: quibusdam existimantibus, in societate quoq; dolum duntaxat præstandum esse: propter rationem modò dictam.

Porrò quomodo & quatenus de dolo teneantur heredes depositarii vel non, videatur in *in l.9. l. depositi.* & *l.seq.* cum *l.22 si duo heredes.ff.depositi.* item in *l. 8. si usqui.C.eod.tit.* Summa hæc est: ex dolo defuncti depositarii non tenentur heredes, nisi quatenus ad eos pervenit: ex suo autem & proprio tenentur, & quidem in solidum. Videatur hac de re etiam Oldendorpius *in class.tit.de Act depositi.* Quomodo item depositi agant plures heredes deponentis, videatur *in l.1.§.36 si pecunia.& §.apud Iulianum.ff.depositi.*

Quæritur hoc loco, quid si Depositarius rem apud se depositam porrò alteri dederit servandam, & posterior depositarius solus, non etiam prior, dolo quid fecerit circa rem depositam, aut latam culpam admiserit? Hac de re est *lex16. si is apud quem. ff depositi*: quæ sic breviter est explicanda: Qui primus rem deposuit, is nullam actionem habet adversus eum, cui secundo res commendata est à priore depositario. Nihil enim cum eo contraxit. videbatur etiam agere non posse contra priorem depositarium, cui ipse rem servandam dedit, quia is apud alium porrò deponendo, nullum commisit dolum, neque latam culpam. Hoc autem solo nomine depositarius tenetur, ut suprà dictum Veruntamen quia iniquum esset, eum qui primus rẽ deposuit, non habere actionẽ ad rei restitutionem (hoc.n.potissimum agitur judicio depositi, ut res restituatur) hoc inventum est remedium, ut agat ille quidem depositi adversus priorem depositarium, cum quo ipse contraxit: sed tamen hic liberetur præstanda actione sua depositi,

quam

quam habet cōtra posteriorem. Quomodo etiam aliàs præstita actione sive cessione quis liberatur: ut est exemplum *sub hoc ipso tit. depositi, in l. 1. §. 11. si te rogavero.* Dixi, primum deponentem nullam habere actionem adversus secundum depositarium, apud quem prior depositarius rem porrò deposuit. Sed hoc intelligi volo primùm de actione directa depositi: quæ non datur primo deponenti, nisi cessa ei fuerit à secundo deponente. Interim tamen non nego, utilem actionem ipsi dari etiam sine cessione: sicut eam dat Paulus *lib. 2. sentent. tit. 12. de deposito.* Deinde quod dixi, nullam actionem ipsum habere qui primò deposuit adversus secundum depositarium: hoc intelligi debet, de personali actione, quæ scilicet ex contractu depositi descendit, qui contractus hic deficit. Interim tamen non nego, posse eum contra secundum depositarium, apud quem res extat, instituta Rei vindicatione eam repetere ab ipso, si nimirum actor sit Dominus, idque probare possit: Sed si vel non extet res, vel non possit primus deponens probare dominiũ, (cujus sæpè est difficilis probatio, ut taceam quod etiam res alieni Juris & non tantùm deponentis propria deponi possit, teste Paulo *d. loco, in sententiis.*) tunc nullam neque in personam, (videlicet directam,) neque in rem actionem habere poterit, contra secundum depositarium. Quod autem dixi de rei vindicatione, si res extet, hæc sententia optimè probatur *per l. 8 si is qui depositam. C. depositi.* Atq; hæc de nobili illâ lege Aphricani, continente casum quotidianum, sic dicta jungi velim ad explicationem Cujacii, *tract 7. ad Africanum.*

Hactenus de REGULA: quæ etiam probatur ultra superiora loca per Paulum *lib. 2. sent. tit. de deposito,* ubi ait: *Ob res depositas dolus tantùm præstari solet.* Probatur item per unam & alteram constitutionem Imperatorum, relatam *in libello, cujus tit. est* LEX DEI, *tit.* 10. Dictum est etiam de Rationibus hujus Regulæ. Proximum nunc est, ut adjungamus quasdam EXCEPTIONES, quibus regula superior vitiatur & officium suum perdit. Non enim id quod diximus, est perpetuum, ut depositarius ultra dolum nihil necesse habeat præstare.

☞ PRIMA igitur Exceptio est: si non aliud specialiter convenit. *l. 1. §. 35. sæpè evenit.* in verb. *si hoc nominatim convenit. ff. depositi.* & *l. 1. C eod. tit.* & *l. 5. §. 2.* in verbis: *aut si hoc ab initio convenit. ff. commodati.* Denique in constitut. Impp. quæ extat *d. tit. 10. in libello,* LEX DEI, *incipiente, Is qui depositum suscepit,* hoc est, nisi inter deponentem & depositarium intervenerit pactum, ut depositarius aliquid amplius præstaret ultra dolum & latam culpam: puta levem, aut etiam levissimã culpam: immò etiam casum fortuitum sive periculum ab incursu latronum aut prædonum, item ab incendio vel aliunde impendens vel contingens. Ratio exceptionis est apud Ulpianum *in l. 1. §. 6. si convenit. ff. depositi:* quia contractus legem ex conventione accipiunt. Cui congruit quod *in h. nostra l.* idem Ulpianus dicit: *quod initio convenit legem contractui dedit.* Idemque etiam in Regulas Juris Pontificii est relatum: ubi ait Bonifacius VIII. *Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur, cap. 85. contractus, de Regg. jur. in sexto.* Quibus omnibus in locis *legem* ita intelligere debemus, ut significet conditionem sive formam: quomodo alibi Ulpianus scribit, contrahentes dare formam contractui in stipulationibus conventionalibus. *l. 52. in conventionalib. ff. de verb. oblig.* ubi mox eodem

modo

modo & significatu verbo Legis utitur, dicens: *Pretoria stipulationes legem accipiunt de mente Pretoris, qui eas proposuit*: hoc est, Prætor informat prætorias stipulationes. Informare actionem, & legem dare contractui, pro eodem usurpat idem Ulpianus *in l. 7. Iuris gentium. §. quin imò. ff de pactis.* Idem quoque valet quod dicitur, pacta conventa inesse judiciis sive actionibus. *d. l. 7. §. quin imò. ff de pactis.* & *l. 40. lecta ff. de reb. creditis.* aliisque in locis, maximè *in l. 72. pacta conventa. ff. de contrahenda emptione*, ubi Papinianus ait, etiam illa contineri contractu. Idemque Papinianus *in l. 24. Lucius Titius in f. ff. depositi*, ait: *Lex contractus servabitur.*

Si quis porrò & ulterius quærat, Quare conventio legem det contractui? sive Quare pacta conventa insint contractui, & actioni ex eo seu judicio? Quare denique forment actionem? Respondebimus, quia legislatores æquum esse arbitrati sunt, ut ea libertas paciscendi arbitrio contrahentium relinqueretur: & quia scienti ac volenti non fit injuria, neq; dolus: sibi enim imputare debet; qui cùm alioqui teneretur de dolo duntaxat, ex deposito quod recepit; passus est, sese obligari in conditionem duriorem: v. g. ut etiam de culpa, & de periculo interitus, vel deteriorationis, deponenti teneretur. Hinc fit, ut tametsi usuræ in deposito regulariter non præstentur à depositario ante moram restitutionis, sed tantùm post moram vel usum rei depositariæ: *arg. l. 25. die sponsaliorum. § 1 ff. depositi.* & *l. 2. 3. & 4. C. eod.* tamen depositarius possit pacto se obligare etiam ad usuras ante moram præstandas: quæ res egreditur notissimos terminos depositi. *l. 24. Lucius Titius. ff. depositi.* Atq; hæc de prima exceptione: quæ quidem communis est omnium contractuum; ut infrà intelligetur, cum dicetur de vi pactorum in contractibus, quæ longè maxima est.

ALTERA Exceptio est, nisi quis deposito se obtulerit. Tunc enim periculo depositi eatenus se illigabit, ut non solùm dolum, sed & culpam (nempe levem) & custodiam præstet; securus tamen de casibus fortuitis. *l. 1. §. 35. sæpè evenit. ff. depositi.* Ratio istius exceptionis, ne quis eam fortè ut absurdam & iniquam miretur, hæc mihi esse videtur: quia qui operam suam alteri offert, in re suscipienda, is non solùm ipso facto plus alteri de se polliceri videtur, quàm cujus fidem deponens elegit: sed etiam offerendo se, obstat deponenti, quò minus arbitratu suo alium quempiam eligat, cui rem suam committat servandam *arg. l. 17. in commodato. §. sicut autem. vers. ut accidit. ff. commodati. & arg. l. 6. si pupilli. §. ult. ff. de negotiis gestis.*

TERTIA est exceptio *in l. 5. §. 2. ff. commodati*: Nisi fortè & merces accesserit: hoc est, nisi deponens depositario mercedis loco aliquid dederit. Videtur autem hæc exceptio per aliquam constitutionem Imperialem introducta esse: quod colligo ex istis verbis Ulpiani *in d. l. 5. ut est constitutum.* Sic enim solent JCti loqui de Jure aliquo per constitutionem Principum introducto. Ratio hujus exceptionis esse potest, quia hoc casu ex mercede aliqua redit utilitas ad depositarium: qui proinde meritò arctiùs etiã obligari debet, quàm alius qui nihil commodi ex re deposita percipit. Dicet aliquis: Atqui interveniente mercede incipit esse locatio conductio *l. 1. § 8 si vestimenta & § seq. ff. depositi.* Nam ubicunq; intervenit

opera ab una parte, & merces ab altera, ibi & contractus locationis. *initio tit. Inst. de locat. & conduct.* Non igitur amplius est contractus depositi. Nam depositum est gratuitum, sicut & commodatum & mandatum. *l. 17. in commodato. §. sicut. ff. commodati.* & §. *item is cui res. inf. Instit. quibus mod. re contrah. l. ult. ff. depositi*: usque adeò, ut turpiter quis accipiat, quod ob rem depositam sibi dari postulat, alias non restituturus: & ut condictione ob turpem causam hoc nomine teneatur. Ergo hæc Exceptio videtur esse aliena atque impertinens. Respondeo: Mercedem *in dict. l. 5.* non propriè, sed abusivè accipi, videlicet pro honorario aliquo ad compensandam sive remunerandam amici operam, qui rem servandam suscepit: quomodo etiam in mandato potest intervenire pecunia remunerandi causa, non tanquam merces, sed tanquam honorarium, sive honor, sive salarium, ut appellatur *in l. 1. in fine, & in l. 17. salarium. C. mandati.* salvo tamen interim manente contractu mandati: cujus item natura debet esse gratuita: adeò ut nisi gratuitum sit mandatum, nullum sit. *l. 1. §. ult. & l. 6. si remunerandi. in pr. ff. mandati.* Contrarium enim est officio merces, ut ait Paulus.

His & QUARTAM exceptionem addimus. Si culpa & mora casum fortuitum præcesserit, sive interitum fatalem: v. g. si quis rem apud se depositam peregrè secum portans in latrones inciderit. Tunc enim depositarius tenetur de interitu rei: Et est hoc generale in omnibus contractibus, ut infrà de casibus fortuitis dicetur. Atque has Quatuor exceptiones etiam Gregorius IX. Pontifex ex Jure civili compilatas in unum congessit locum, *cap. ult ext. de deposito.*

Ibidem Glossa etiam QUINTAM exceptionem rectissimè addit: Nisi causâ depositarii, vel in favorem ejus, res penes ipsum sit deposita. *l. 1. §. si pecuniam. ff. depositi* & *l. 4. si quis in pr. ff. si certum petatur.* Etsi enim regulariter depositum fit deponentis causâ: ejusque solius utilitatem respicit; non etiam depositarii, cujus merum est onus: aliquando tamen contingit, ut etiam depositarii causâ fiat, & ad ipsius utilitatem pertineat: quemadmodum & commodatum regulariter quidem & ut plurimùm conceditur in gratiam commodatarii, non verò commodantis: Interdum tamen hujus etiam causâ vel etiam utriusque, fieri potest: de quo infra. Eo igitur casu, quando sic ad utilitatem depositarii res penes eum deponitur, periculo est ejus qui suscepit. *d. l. 4. ff. si certum petatur.* v. g. cupiebam emere prędia, & ad eam rem desiderabam pecuniam mutuam, nec tamen volebam eam suscipere antequam emissem. Tu pecuniam quidem habebas ad manum, sed non etiam animum fœnerãdi, nec causam fœnerandi. Veruntamen quia peregrè tibi erat abeundum, deponis apud me illam pecuniam, ea lege, ut tunc demum crediti nomine sive ex causâ mutui tibi obliger, si prædia comparassem. Hìc respondet Ulpianus *in d. l. 4.* hoc depositum pertinere ad periculum ejus, qui pecuniam suscepit: hoc est, si pecunia perierit, perituram depositario, non deponenti. Ratio est, quia hoc depositum induit quodammodò naturam mutui: quæ hæc est, ut res sit periculo accipientis debitoris: qui interitu pecuniæ non liberatur ab obligatione sive ære alieno. *l. 11. Incendium. C. si certum petatur.* Non enim debuit certam aliquam speciem pecuniæ sive illa ipsa corpora nummorum, quæ perierunt;

rierunt; sed genus; v.g. Centum aureos quoscunque. Genus autem, sive id quod in genere debetur, non potest perire, ut probat Accursius *in gl. ad d. l. 11.* Addit Ulpianus aliam quoque rationem *in d. l. 4.* ductam à simili, videlicet eo qui rem, puta lancem argenteam, vel massam auri, accepit vendendam, ea lege, ut pretio inde redacto uteretur. Hic quoque rem suo periculo habebit: hoc est, si res, puta lanx vel massa, fortè pereat, peribit ei qui sic accepit; non illi qui dedit. *l. 11. Rogasti. in fin. pr. ne. ff. si certum petatur. l. 1. ff. de æstimat. act.*

Sexta exceptio est: Nisi utriusque gratiâ facta sit depositio. Tunc enim præter dolum etiam culpa præstatur. Addit hanc exceptionem Ant. Contius *ex l. 5. si ut certo. §. nunc videndum. ver. sed ubi utriusque utilitas vertitur. ff. commodati.* Facit hoc utilitas utrique parti communis.

Septima exceptio est; (quæ sumitur ex *l 24. Lucius Titius. ff. depositi.*) Nisi depositum consistat in pecunia numerata, sive in nummis; & depositario permissum fuerit à deponente, ut nummis uteretur, & usuras præstaret. Sed hoc quoque depositum propius accedit ad naturam Mutui, perinde ut illud, de quo suprà dixi, *sub Quinta exceptione, ex l. 4. ff. si certum petatur.* Quid quod & Paulus fatetur, hoc magis videri mutuum, quàm depositum; & per hoc fore periculo accipientis. *lib. 2. sentent. tit. 12. §. si pecunia.* Similis casus est tum *in l. 26. Publia. §. 1. ff. depositi*; ubi ait Paulus, hunc contractum excedere modum depositi: tum etiā *in l. 19. si sacculum. §. 1.* tum denique *in l. 25. Die sponsaliorum. §. 1. ff. depositi.* ubi item pecunia apud aliquem deponitur non obsignata, duplici hac addita conditione: primùm, ut liceret depositario eâ uti. Secundò, ut redderet non idem, sed tantundem; v. g. non eosdem centum aureos, quos accepit; sed in genere centum aureos. Utrumque est alienum à communi natura depositi. Nam primò regulariter ipsa res deposita restitui debet ei qui deposuit, non alia: & quidem illa ipsa non deterior: nam si deterior restituatur, restituta non videtur. Secundò, regulariter depositario non licet re deposita uti, invito deponente: adeò ut furti agi possit, non tantùm depositi, cum eo qui sacculum pecuniæ obsignatum apud se depositum resignaverit, & pecuniâ usus fuerit. *l 29. si sacculum. in prin. ff. depositi. Paulus lib. 2. sent. tit. 12.* Sed hæc quodammodò referri possunt ad primam exceptionem nostram: quæ videlicet erat de pactis deposito adjectis.

Ultima est exceptio; Si depositarius passus est litem secum contestari, nec statim reddidit depositum, cum posset reddere. Jam enim res deposita incipiet esse periculo depositarii, ut is teneatur de eo, quod culpâ ipsius contigerit. *l. 12. si in Asia. §. ult. & l. 14. si plures heredes. Depositi.* tametsi hic etiam dolo non carere videatur, qui rem apud se depositam repetenti restituere recusat: cùm depositum ante omnia sit restituendum sine ulla tergiversatione aut exceptione, remota etiam compensatione, ut suprà dixi: & cùm possit is qui deposuit, quandocunque voluerit rem repetere, etiamsi initiò fortè dixerit, se ante certum tempus nolle repetere, potest enim mutare voluntatem. *l. 1. §. 45. si deposuero. ff. depositi.* cum nihil intersit depositarii.

Extra hos igitur casus certa manet regula: Depositarium de dolo duntaxat teneri. Quod præter superiorum testimonia legum ulterius quq; probo per *l.16. qui furtum.in fin.ff.de condict.furt.* & ajo sic intelligendum esse,ut dolus semel admissus perpetuetur.*l.1.§.25.si rem.ff.deposit.* Paulus *d.lib.2.sentent.tit.12. §.penultim.* Exempli causa Rem à me depositam penes te,vendidisti: atq; ita dolum commisisti circa depositum: ex quo mihi teneri cœpisti: postea candem rem ab emptore redemisti & perdidisti,sed sine dolo. Quæritur,utrùm adhuc depositi actione mihi tenearis? Videbaris non teneri,quia sine dolo rem amisisti. Jam verò qui rem depositam sine dolo malo amisit,depositi non tenetur: immò ne quidem cavere cogitur de re reddenda,si eam deprehenderit sive recuperaverit. *l.20.si sine dolo malo.ff.depositi.* Contrarium tamen respondetur ab Ulpiano,& Paulo *dd.in locis*: quia scilicet dolus semel commissus perpetuatur. Cui simile est,quod alibi dicitur, *fur semper moram facere videtur.l.8.in re furtiva. §.inf. & l.ultim.ff.de condict. furt.*

Videamus nunc unam atque alteram OBIECTIONEM, quòd depositarius nō tantùm de dolo,sed ampliùs teneri videatur. Prima hæc est: de substantia depositi est,quod depositarius debeat custodiam,hoc est, factum & sollicitudinem sive curam aliquam Definitur enim depositum quod custodiendum alicui datum est: & præpositio DE auget depositum; ut significet,cum maxima custodiæ obtestatione alicui commendatum esse, & totum quod ad custodiam rei pertinet, fidei ipsius commissum: unde & Germani depositum eleganter vocant Getrew es Hand Güter. Videatur Ulpianus *in l.1.in pr ff deposit.* Hinc ergò videbatur inferendum,quòd depositarius non tantùm dolum,sed & custodiam, curam atq; diligentiam ex naturà contractus præstare debeat. Respondeo:depositarium obligari quidem ad aliquam diligentiam in re servanda: sed ea diligentia ex natura hujus contractus non exigitur major,quàm solet quis in suis rebus exhibere. Satis est, si parem adhibeat curam rebus alienis & suis; minorem salva fide alienis præstare non potest diligentiam,quàm suis & propriis. *l.32. Quod Nerva ff.depositi.* v.g. Si rem penes se depositam negligenter in scamno jacere sinat, cum suas res diligenter in arcâ includeret, fraude non caret: quo exemplo utitur glossator Juris Canonici *in d.cap.2. extr. de Deposito.*

Altera objectio sumitur ex B. Cypriano *libr. de singularitate clericorum*: qui ait, oportere eum damno perstringi vel dispendio sarcinarum, apud quem sub intuta custodia fratris sarcinæ perierunt: quia quidquid in domo nostra sub minus idonea tutela perditum fuerit, aut latrones effregerint, nostrum est,& à nobis exigitur, quidquid per inertiam nostram malè commissum est, &c. Ecce, hic etiam casus fortuitus & vis major præstandus dicitur in deposito. Respondeo: Cyprianum loqui disertè de interitu rei,quem lata culpa præcessit: sive cui,ut accideret,occasionem præbuit depositarius per suam inertiam,sive intutam custodiā, sive tutelam minùs idoneam,ut verba ipsius sonant. Quæ quidē omnia planè consentanea sunt Juri civili: ut apparet ex illis quæ suprà dixi *in quarta exceptione.*

Etiam

Etiamsi quoque Cyprianus fortè sensisset de culpa levi, tamen diceremus sententiam ab ipso de Clericis singulariter prolatam, non ob id producendam esse ad quosuis homines, etiam laicos. Neque enim obscurum est, multo majorem in clericis requiri perfectionem, quàm in laicis. De clericis autem in eo tractatu agi, indicio est ipse titulus libri, ad quem subinde respiciendum esse monet Plinius *in epistolis*.

Dictum est hucusque ad quid teneatur depositarius, nempè ad dolum duntaxat, & ad latam culpam. Quæritur iam quid præstet contrà deponens. Respõdeo: is qui rem deposuit, præstabit depositario non modò dolum & latam culpam, sed & levem & levissimam. Sumitur hoc ex *l. 61. si servus communis. § 5. quod vero ad mandati. ff. de furtis.* Ratio est, quia depositum, ut supra dictum, fit ad utilitatem deponentis; non autem depositarii. Huic autem beneficium sive officium suum non debet esse damnosum. *d. l. 61. & l. 7. ff. testament. quemad. aper.* Esset autem damnosum, si damnum quod occasione rei depositæ, tametsi non dolo, sed culpa deponentis, aliqua acceperit, ipsi non resarciretur per deponentem. Vt ecce; servum mihi dedisti servandum, sive apud me deposuisti, sive commendasti eum mihi: & inter deponendum me non præmonuisti, eum solere esse fugacem, ut proinde non multum ipsi fidam, sed res meas ab ipso diligenter custodiam atque occludam. Servus ille cùm apud me esset in causa depositi, furtum mihi fecit, vel etiam aliud quid damni dedit. Hic agam profectò tecum de illo damno mihi per te emendando; sive petam abs te, ut me indemnem præstes: tùm quia contractus factus est tua causa, non mei commodi gratia, neque ad meam utilitatem: tùm quia officium meum, quod tibi præstiti, in re tua servanda, non debet mihi esse damnosum: tùm denique quia diligentior esse debuisti circa monendum, qualem apud me deponeres servum: quod cum omiseris, culpa tua tibi damnosa esse debet, non mihi. *d. l. 61. §. 5 ff. de furtis.* junctà *l. 31. si servus pignori. ff. de pignor: act.* utraque lex est Africani ex eodem lib. 8. quæst. & videatur de utraque Cujacius *tract* 8. Observanda est tamen insignis limitatio, quæ additur *in d. l. 61. §. 7. hæc ita*; nempe si nulla depositarii quoque culpa intercedat, puta, quia is servo apud se deposito ultrò commiserit custodiam nummorum vel argenti, quod nunquam facturus fuerat is qui deposuit eum. hic enim culpa meritò compensabitur ab utraque parte, neque depositarius ullum habebit regressum contra deponentem: sed damnum quod sua culpa sensit, sibi debet imputare, cum id sentire non videatur. ut est *in reg. damnum. de Reg. Iur. in 6. cum similibus.*

Ad extremum restat, ut de Actionibus quoque pauca attingamus; cum parum sit jus nosse, nisi modum quoque cognitum habeamus juris nostri persequendi, quod fit per actiones. Itaque hìc primò notandum est: Ex contractu depositi, duas oriri & dari actiones: quarum una vocatur *actio depositi directa*, altera *actio depositi contraria.* Prior datur ei, qui rem deposuit, ejusque heredibus, bonorum possessoribus, ceterisque successionibus, contra depositarium ejusque heredes. *l. 1. §. 19. hac actio. & l. 7. l. 9. & l. 10. l. 14 si plures. ff. depositi*: Et datur principaliter ad rem restituendam quandocunque voluerit is qui deposuit: & rem quidem non deterioratam. quod enim deterioratum redditur id non videtur reddi. *l. 1 §.*

16. *si res deposita* & §. 12. *est autem.* ff. *d. tit. depositi.* Datur etiam ad omne id quod dolo vel lata culpa depositarius fecerit circa rem depositam, secundum supradicta: item ad id quanti actor in litem juraverit. Nam sicut in omnibus actionibus bonæ fidei in litem jurari potest. *l. 3. & l. 5.* ubi Duarenus. ff. *de in litem jurando*: ita etiam in hac depositi actione directa. *l. 1 §. 26. In deposito.* ff. *d. tit.* Item ad usuras ex mora; quod etiam est commune cum actionibus bonæ fidei quibusvis. *l. 32.* ff. *usuris, cum similibus*: vel propter usum rei volente eo qui deposuit concessum depositario, ut supra dictum, ex *l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. l. 28. l. 29. §. 1.* ff. *depositi.* Item ad ea quæ pactis sunt comprehensa ut præstentur; cùm pacta formarint actionem, ut etiam supra dixi *in prima exceptione.* Altera actio depositi, videlicet contraria, (quæ & *contrarium judicium* alibi appellatur, ut *in l. 5. in pr.* ff. *d. tit.* item *in l. 1. & l. 6. §. ult.* ff. *de his qui notantur infam.* & aliis locis passim.) datur depositario contra eum qui deposuit, ejusq; heredes & cæteros successores, in primis ad indemnitatem consequendam, sive ut nomine rei depositæ præstetur indemnis; hoc est ad recuperandos sumptus, si quos fortè in rem depositam fecit: v. g. pro cibariis servi depositi, vel equi, &c. item si quid damni passus est per rem depositam ejusq; occasione. Quò etiam pertinet si servus depositus furtum fecerit depositario, de quo paulò ante dixi ex *l. 61.* ff. *de furtis*, & *l. 31.* ff. *de pignorat. act.*

Inter hæc duo genera actionum, directam & contrariam depositi, memorabilis est differentia: & quidem ferè duplex; quæ sumitur ex *l. 5. in princ.* ff. *depositi* junctâ *l. 6. §. ultim.* ff. *de his qui notantur infam.* Prima est, Quod directa actio depositi infamat condemnatum: Contraria non infamat. Ratio diversitatis est, quia in directa actione depositi agitur de fide rupta, sive de dolo malo atque perfidia. Dolo enim facit, qui rem alienam domino reposcenti restituere non vult. *l. 13. si quis inficiatus. in fine princ.* ff. *depositi*: neque convenit bonæ fidei abnegare id, quod quis accepit. *l. 11. quod servus. in princ.* ff. *depositi*, sed hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit. *l. 31. bona fides.* ff. *depositi.* Alioquin enim futurum esset, ut contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur: contra *l. pen. C. eod. tit.* & contra *cap. 2. Extr. de deposito.* Sed in contrario judicio tantùm agitur de indemnitate depositarii, sive agitur ibi de calculo, sumptuum videlicet in depositum factorum: qui calculus ferè judicio dirimi solet, teste Ulpiano *in d. l. 5. in princip.* ff. *depositi*, & *in d. l. 6. §. ultim.* ff. *de his qui notant. infam.* non autem de fide rupta, non de perfidia ibi quæstio est.

Altera differentia est, quod is qui directa actione depositi experitur, potest jurare

in litem

in litē : Is autē qui contrariâ agit, non admittitur ad jus jurandū in litē. *d.l.5.ff.depositi.* Ratio differentiæ est, quia qui patitur secum agi contrario judicio depositi, nempè ob impendia & sumptus à depositario factos, non est in dolo ; neque tanto dignus odio, ut is qui directò convenitur.

Non enim recusat rei alienæ restitutionem, quam detinet : neque eam inficiatur & abnegat ; sed de calculo tantùm litigat ; eique arbitrum quærit controversiæ decidendæ causa : qua in re nihil peccat, ut proindè non mereatur illam pœnam, ut adversum se in litem juretur : *argument. l.4. Gracchus. Cod. ad l.Jul. de adulter.* & *l.22. Sancimus Cod. de pœnis.* Est enim hæc pœna quædam, cum quis cogitur pati, ut actor in litem juret, & rem suam quæ ei non restituitur, æstimet in infinitum ultra quàm res valet vero sui pretio. *argum. l. 2.* in verb. *punitur.* & *l. 8. tutor.* in verb. *cum & contumacia punienda sit ff. de in litem jurando.* Et hæc quæ dixi de differentia Actionis directæ & contrariæ Depositi, generalia sunt, & pertinent ad actiones etiam ex aliis bonæ fidei contractibus, vel quasi descendentes, ut mandati & tutelæ, item commodati. *d. l. 1. & d. l. 6. §. ultim.* ff. *de his qui notantur infamia* : tantoque diligentiùs observanda sunt, quantò latiùs patet eorum utilitas.

Deinde notandum est, Actionem depositi aliquando dici cum hac adjectione, *actio depositi sequestraria* : ut *in leg. 12. si in Asia.* ff. *de depositi, & l. 9. §. Labeo ff. de dolo malo.* Quæ res ut intelligatur, sciendum est, triplex in jure inveniri depositum : Unum vulgare & simplex, quod ex voluptate proficiscitur deponentis. Alterum necessarium, sive quod ex necessitate descendit, ut qui rem ereptam incendio, ruinæ, naufragio, tumultui servandam committit cuivis obvio, cum eligendi alium præ aliis non detur spatium. *l. 1. §. 1. & §. meritò. cum seqq.* ff. *depositi.* Tertium depositi genus est, cum res litigiosa sive in controversiam deducta, apud sequestrem ponitur à duobus vel pluribus, certâ conditione, videlicet, ut victori caussæ reddatur, & interim custodiatur. de hoc agitur *in l. 5. §. 1. & 2.* & *l. seq.* Item *l. 12. si in Asia. §. cum sequestre.* & *l. 17. licet.* & *leg. pen. ff. depositi,* item *in leg. 39. Interesse.* ff. *de aquirenda possessione.* ubi distinguitur, qua mente res litigiosa deponatur apud sequestrem, utrùm omittendæ possessionis causa, an tantùm custodiæ causa, & animo retinendæ possessionis. Videatur & *lex. 109. sequester dicitur* & ibi Alciatus, & alii.

ff. de

ff. de verb. signif. Item videatur *l. unica Cod. de prohibita sequestrat. pecuniæ:* nec non *tit. Decretat. de sequest. poss. & fruct.* & utrobiq; post alios interpretes Cuiacius & Ioan. Gödæus *ad d. t.* Fit quoq; Sequestri mentio *in leg. 5. §. 1. D. Vt legat. cauſ. cave.* ubi ait Papinianus, utiliter probatum esse (in casu de quo ibi queritur) virum bonum ab utraq; parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur. &c.

Quæ autem sit differentia inter has species perspicuum est ex *dd. ll.* V. G. primò. simplex actio depositi est in simplum; sed ex illis causis fortuitis & necessariis est in duplum. *d. l. 1. §. hæc autem separatio.* & *l. 18. de eo quod tumultus. ff. depositi.* Ratio differentiæ est: quia in his casibus ob extremam necessitatem crescit perfidiæ crimen, quod gravius quoq; vindicari publicè interest. Debet enim quisq; potiùs commiseratione affici erga illos qui talibus sunt necessitatibus oppressi, quàm sua perfidia efficere velle, ut afflictis etiam addatur afflictio. *d. l. 1. §. hæc autem separatio,* ubi cum ait Ulpianus, *Est enim in utile in causis hujus modi fidem frangere.* Observanda est elegans figura, quæ vocatur μείωσις vel λιτότης. Nam hoc vult intelligi, perniciosissimum esse, & rem pessimi exempli. Aliud est in eo qui extra tales casus tantamq; necessitatem deponit. Hic enim cùm habuerit facultatem & spatium eligendi fidem certi hominis, meritò, debet simplo esse cotentus. Secundò, in eo differunt hæ duæ species: quod si quis inficietur depositum ex causa tumultus, incendii, ruinæ, naufragii; crescit actio in duplum, ex inficatione. *§. sed furti. in verb. & interdum depositi. Instit. de Act.* De Vulgari autem & simplici deposito nusquam hoc lectum est, quod etiam ejus actio ob inficationem duplicetur.

Porrò sequestrarium depositum à vulgari ac simplici differt in eo: quod prius est rei litigiosæ sive controversæ; posterius est rei non litigiosæ. Illud fit à duobus vel pluribus: istud autem plerumq; ab uno, quamvis etiam plures rem deponere possint: v. g. inter quos illa est communis: sed sequestrarium non nisi à pluribus deponi potest. Præterea sequestrarium, possessionem rei depositæ transfert interdum; si videlicet ea fuerit mens deponentium apud sequestrem, ut possessionē interim omitterent dum lis dirimeretur: sed in vulgari deposito neq; proprietas neq; possessio in depositarium transfertur. Deniq; ex depositione facta apud sequestrem nascitur sequestraria depositi actio, cum hac inquam adjectione dicta: ex simplici autem & vulgari datur depositi actio absque tali additamento. Hæ differentiæ extant *in dd. ll. l. 5. l. 6. 12. & 17. ff. depositi*, juncta *l. 39. ff. de acquir. possess.* ubi videatur Giphanuis. Quomodo autem differat sequestrarium depositum à necessario, sive quod ex causis fortuitis fit: manifestum est ex inspectione ipsarum rerum: quæ in sequestrario sunt litigiosæ; in altero autem non quidem litigiosæ, verùm aliis casibus ac periculis expositæ. Atq; hæc breviter de tribus depositi generibus occasione sequestrariæ actionis depositi dicere debui.

Tandem & hoc admoneo, in hoc loco de Actionibus: Cum actione depositi directa sæpè etiam alias concurrere: v. g. ut est actio furti, nempe si depositarius fuerit usus re deposita, eamq; contrectarit invito eo qui deposuit. *l. 29. si saccum. in pr. ff. depositi.* & *l. 3. C. eod. tit.* Item ut est actio ad exhibendum, & quæ illam

illam ferè sequi solet, rei vindicatio. *leg. pen. ff. d. t.* quod intelligendum est eo tantùm casu, quo is qui deposuit, rei est dominus. Nam huic soli datur rei vindicatio: ut est *in l. 23. in rem actio. ff. de rei vindic.* Item condictio furtiva: sed hæc non antè datur quàm si dolus fuerit commissus à depositario *l. 13. si quis inficiatus. §. 1. ff. depositi. l. 16. qui furtum. ff. de condict. furtiva.* Postremò concurrit etiam cum actione depositi nonnunquam injuriarum actio. *l. 1. § 38. si quis tabulas. ff. depositi*: v. g. deposui apud te meum testamentum: tu id pluribus præsentibus recitasti, hoc animo, ut publicares ac divulgares secreta meorum judiciorum. Hîc mihi teneris non tantùm depositi actione de ipsis tabulis testamenti, sed etiam injuriarum. *d. l. 1. §. 38. ff. depositi* juncta *l. 41. si quis testamentum in fine ff. ad L. Aquil.* immò etiam falsi accusatio publica hoc nomine datur: ut *l. 1. §. 6. Is qui deposita, ff. ad L. Cornel. de falsis.* Puto etiam cum depositi actione contraria interdum concurrere actionem noxalem; *argument. l. 61. ff de furtis*, nempe si servus depositus furtum fecerit depositario, vel si damnum injuria ipsi dederit: tametsi Africanus ibi hoc videatur velle, quod deponens omnimodò damnum decidere sive præstare debeat, & non possit liberari etiamsi velit servum pro noxæ deditione relinquere. Hæc de concurrentibus actionibus quæ *Adfinia remedia* vocare solent Joan. Olldendorpius & alii.

CAPUT QUARTUM,

DE PRECARIO.

DEposito, de quo hactenùs, rectissimè subjungit Ulpianus *in h. leg.* Precarium: idque hac duplici ratione ordinis: primum quia sicut in deposito tantùm præstatur dolus ab eo qui id suscepit: ita & in precario is qui id rogavit, de dolo duntaxat tenetur: ut inferiùs explicabitur. Deinde quia sicut depositum repetere licet ei qui deposuit, quandocunque voluerit, etiamsi fortè promiserit se nolle ante certum tempus, vel in vita sua, id reposcere. Potest enim mutare voluntatem ut suprà dixi: Sic & præcarium repetere potest pro suo arbitrio is qui concessit. Nec obstat *lex. 75. nemo potest. inf. h. t.* Negandum est enim, quod hæc mutatio consilii in deponente vel precarium concedente cum ulla injuria alterius sit con-

juncta. Etenim qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Etsi igitur inter concedentem & rogantem precarium convenit, ut is ad certum tempus, verbi gratia usque ad Kal. Julias, precariò possideret: tamen is qui concessit, etiam ante elapsum illum terminum potest revocare precarium, & possessionem ei auferre. *l. 12 cum precario. ff. de precario.*

Precarium (ut de verbo priùs agamus exemplo Ulpiani) à precibus dictum esse manifestum est, nec id reticuit Ulpianus *in leg. 1. in princip. & leg. 2. inf. ff. de precario.* Unde etiam *precariò rogare* sæpissimè *in legibus illius tit.* dicitur. sic & Livius *lib. 3. opem orare precariam* dixit. Sic *verba precaria*, quæ & *precativa*, in Jure appellantur, quorum usus est in relinquendis fideicommissis; ut rogo, volo, mando, peto &c. *leg. 2. Cod. communia de legatis*, & §. *ultim. Instit. de singulis reb. per fid. rel.* quibus opponuntur verba *directa* & *Imperativa*; ut jubeo &c. Sic *animam precariam trahere* eleganter dixit Tacitus *libr. 1.* & *vitam precariam, libr. 20.* de eo, qui vivit ad nutum alienum, quam diu scilicet ei placuerit ipsum superesse, qui vitam ejus in sua habet potestate. Sic seneca, in libr. de tranquillitat. animi, cap. 11. *Sapiens*, inquit, *se ipsum inter precaria numerat, vivitque ut commodatus sibi, & reposcentibus sine tristitia redditurus.* itemque *in libr. de consolat. ad Martiam cap. 11.* hominem ait esse spiritus precarii: *& in libr.* significans vitam nobis à naturâ, vel potiùs Deo, utendam esse datam, nullo certo præstituto spatio temporis: sed ea lege, ut quàm primùm is reposcet, qui eam concessit, restituenda sit ac relinquenda, velimus nolimus: quod elegantissimis hisce versibus expressit vetus poëta Pedo Albinovanus *in elegia ad Liviam Augustam, de morte Drusi Neronis, quæ aliâs etiam Ovidio adscribitur.*

Vita data est utenda: data est sine fœnore nobis
Mutua; nec certâ persolüenda die.

Nec minus eleganter Cicero *in libr. 1. Tuscul. quæstion.* hic verbis: *Pellantur ergo istæ ineptiæ planè aniles: Ante tempus mori, miserum esse. Quod tandem tempus? Naturæné? At ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nullâ præstitutâ die. Quid est igitur quod querare, si repetit cum vult. Ea enim conditione acceperas.*

Sic *precariam vocis usuram sumere* dixit Apuleius *7. Metamorph.* id est, ad tempus accipere loquendi facultatem precibus concessam vel impetratam. Sic Brutus *in Epistola ad Ciceronem 16.* salutem abs se peti precariam scripsit. Sic denique *honorem precarium* exponit Budæus qui ad nutum sive placi-

tum

tum ejus qui concessit alicui potest adimi. Atque hæc de verbo. De aliis verò huic nostro precario cognatis, & à jure Pontificio introductis precariis *inf. ad fin. h. cap.* admonebo.

DEFINIT autem Ulpianus precarium esse liberalitatem quandam cum quid precibus petenti utendum conceditur, tam diu, quam diu patitur is qui concessit. *leg. 1. ff. de precario.* Ex quibus verbis intelligitur, precarium in quibusdam rebus convenire cum donatione & commodato: in quibusdam verò etiam ab iisdem differre.

Conveniunt quidem hæc tria in genere. Nam in his omnibus versatur quædam liberalitas, & munificentia. De donatione nemo dubitat: & affirmat Julianus *in leg. 1 in princ. ff. de donat.* in verb. *ut liberalitatem & munificentiam exerceat.* & §. 1. in verb. *qui liberalitatis gratia aliquid dat.* De commodato quoque idem affirmat Paulus *in l. 17. in commodato. §. sicut autem. ff. commodati.* in verb. *qui beneficium tribuit*: item *in fin. ejusdem §. ibi, adjuvari nos non decipi beneficio oportet.* Deniq; de precario, quod sit genus quoddam liberalitatis ex Jure Gentium descendens, testatur Ulpianus *in l. 1. §. 1. ff. de precario.* Item, *in leg. 2 §. 2.* in verb. *liberalitate mea uti*, & Paulus *in leg. 14. interdictum. ff. eod. tit.* ait, precarii conditionem spectare magis ad donationes & ad beneficii causam quam ad negotii contracti. Conveniunt Secundò in eo precarium & Commodatum, quòd in utroque versatur usus rei alienæ. *l. 1. §. 1.* in verb. *utendum datum.* & *l. 19. & l. Ad eos* in verb. *vasa utenda dedit*, & *l. ultim.* in verb. *quo uteteris. ff. commodati. leg. 1. in pr.* in verb. *utendum conceditur*, & *inf.* in verb. *ut ei uti, &c.* & *in leg 15. ff. de precario.* Dixi, Rei *alienæ* usum versari pariter in commodato & in precario. Nam qui rem suam utendam rogat, id est vel commodatò accipit, vel precariò rogat ab alio, is neque commodati actione, neque interdicto de precario, aut præscriptis verbis actione tenetur. *leg. 4. §. item si rem meam. ff. de precario. leg. 1. §. si tibi fundum. 11. ff. de itinere actuque privato. l. 15. qui rem suam. ff. depositi. l. neque pignus. 45. h. tit. nostro. de reg. Jur.* Est tamen ubi etiam rei suæ precarium consistit: ut ecce, quando debitor, qui pignus dedit, precariò id rogat, ut creditor permittat ipsi hoc retinere. *leg. 6. §. ultim. & leg. 11. si debitor. ff. de precario. leg. 33. non solum. §. ultim. ff. de usucap.* Deindè conveninnt etiam in eo, quod utrumque est gratuitum: quod de commodato quidem disertè dicitur *in §. item is cui res. Instit. quib. mod re contr. oblig.* De precario quoque id perspicuum est, ex eo, quod modò dixi, in eo versari meram liberalitatem concedentis. *leg. 1. ff. de precario.* Nam, quod vulgò dicitur, *carè emi quod precibus emitur*; id metaphoricè

& proverbialiter dicitur: non autem Juri nostro convenienter, præterea in eo conveniunt commodatum & precarium; quòd ex neutro transfertur dominium in accipientem. De Commodato id traditur in *leg. 8. Rei. cum leg. seq. ff. commod.* de precario idem apparet ex *leg.* 1. *2. 12. 14. 15. & passim, d. tit. de precario.* Nam quorsum daretur interdictum de precario adversus eum qui accepit, ut rem restitueret, si proprietas rei esset in eum translata? Postremo conveniunt etiam in rebus. Nam & commodari & precario concedi possunt res tam soli, quàm mobiles: *leg.* 1. §. *1. ff. commod. leg.* 4. *in princip. ff. de precario.* Immò etiam in iis rebus, quæ in Jure consistunt, ut sunt servitutes, precarium habet locum. *l. 15. Et habet.* §. *precario.* ff. *d. tit.* Rectè igitur dixit Ulpianus, precarium esse simile commodato. *d. leg. 1.* §. *ultim.* ff. *de precario.* simile etiam esse dicitur donationi & beneficio *in leg.* 14. *Eum qui emit.* §. 11. *Is qui precario. ff. de furtis*, & *in leg.* 14. *Interdictum.* ff. *de precario.*

Sed quia nullum simile est idem, videamus quomodo hæc inter se differant. Primum igitur à Donatione differt Precarium: quòd per illam dominium rei in perpetuum transfertur: nempè si donator sit dominus ejus: quæ causa est quare Imperator de donationibus tractaverit inter modos acquirendi dominii Jure Civili, *libr. 2. Instit.* Per Precarium verò non transfertur dominium rei; immò ne quidem possessio semper transit in accipientem: sed tantùm usus ejus ad tempus conceditur. Secundò, à commodato differt precarium multipliciter: ut primò commodatum fit usus certi ac determinati causâ, nec revocari potest antequàm ille fuerit expletus & absolutus. Alioquin importunè repeteretur & cum damno commodatarii, qui non tàm adjuvaretur quàm deciperetur beneficio: id quod fieri non oportet. *leg. 17. in commodato.* §. *3. sicut. in f. ff. commodati.* Et hìc valet regula juris, *Nemo potest consilium suum mutare in alterius injuriam. l.75. inf. h. t.* Precarium autem neq; ad usum certũ cõceditur: & revocari potest, quandoq; voluerit is qui cõcessit. *l.1. in pr. l.2.* § *Et naturalem l.15. & habet. ff. de precario.* etiamsi quis convenerit cum daret precariò, ne ante certum tempus repeteret. Potest enim mutare voluntatem, & non exspectato termino revocare precarium. *d. l. 2.* §. *2. & l. 12. cum precario. in pr. ff. de precario.* Putabat quidem Bartolus *ad l. si pœnam. ff. de verbor. oblig.* & Panormitanus *in cap. ult. extr. de precarijs*, eum qui rem precariò concessit, cogi permittere roganti, ut saltem modico tempore precario uti possit. Sed eorum opinionem tanquam Juri contrariam reprehendit Anton. Contius *ad h. l. nostram p.* 20. Hac igitur in re convenit Precarium cum Deposito: quòd etiam is potest qui deposuit, statim quando vult repetere, ut & suprà dixi. Dicet aliquis; primùm, hoc valdè esse importunum atque incommodum ei qui rogavit precarium, si ipsi res auferatur etiam antequam uti cœperit, vel usum finierit: cumq; precarii conditio spectet ad beneficii causam. *l. 14. interdictum. ff. de precario*: beneficio non debere quem decipi, sed potiùs adjuvari. *l. 17.* § *sicut in f. ff. commodati.* Respondeo:

cum

cum hæc sit natura precarii, quam non ignoravit is qui rogabat, certè non debuit ignorare, sibi imputet, cur non potiùs commodatò sumpserit rem, & ad certum usum, (quod facere longè est consultius) quàm precariò rogaverit ad incertum usum: is verò qui precarium concessit, dum suo jure utitur in re pro suo beneplacito revocanda, nemini facit injuriam. Rursùm dices: Atqui is qui postquam convenit, ne precariam rem repeteret ante certum tempus, tamen antè revocat, facit contra pacta conventa, atque ita fallit fidem, quod grave est, & naturali æquitati adversum, & plenum perfidiæ: cum nihil magis congruat fidei humanæ quàm custodire ea quæ inter aliquos placuerunt. *l.1.ff.de pactis.l.1.ff. de constituta pecunia.l 20. Non minorem. C. de transact. l.1.§. hac autem separatio.ff. depositi.§. per traditionem.Inst.de rerum divis.l.11.ex empto.§.ex empto.ff. de act. empti. Simplicius in Enchiridion Epicteti.* Respondeo; Illas regulas & sententias, earumque similes, de custodienda & adimplenda fide pactorum, veras esse de illis pactis, quæ valida & utilia sunt: non autem de inutilibus. Hæc enim nemo implere cogitur: & si quid contra ea fecerit quis, non potest dici fidem fregisse. Nam quod nullum est, non producit ullum effectum. *arg.l.5. Non dubium.C.de LL.* & privatio omnis præsupponit habitum. *arg.decem.ff. de verb.oblig.* Hoc autem pactum, Ne precarium revocetur ante certum tempus, est inutile & nullum, utpote contra ipsam substantiam & naturam precarii. Non proficit igitur ei qui precarium rogavit, ad exceptionem vel pacti vel doli mali. Paciscens enim nihil egit: cùm scire debuerit, illud pactum esse contrarium naturæ precarii, proindeque nullas habere vires. *d.l.12.in pr.ff.de precario.* quæ ad hunc modũ est explicanda. Hæc de prima & præcipua differẽtia precarii & cõmodatarii. Deindè differunt hæc duo in eo; quòd is qui rem commodatò utendam accepit, non possidet rem, sed is qui utendam dedit possessionem retinet. *l.8 Rei commodatæ. ff.commodati.l.9. officium. vers. denique.ff.de rei vind.* sed qui precariò rem habet, etiam possidet. *l.4 in rebus.§.1.& l.15.& habet.§.Eum qui.& l.ult.§.1.ff.de precario.* Quod etiam apparet ex effectu possessionis. Nam precariò possidens fundum, potest uti interdicto uti possidetis, suamque possessionem defendere ac retinere, & quidem adversus quosvis alios, excepto tantùm illo qui precarium concessit. *l.17. Qui precariò. ff. de precario. leg.1.§. ultim.ff. uti possidetis.* Ratio differentiæ, cur precariò habenti fundum, detur interdictum uti possidetis contra alios omnes, sed non detur contra eum à quo habet, hæc est; quia precaria possessio adversus alios est justa: habet enim voluntatem concedentis: sed quando velut cornua attollere & insurgere incipit contra ipsum concedentem, qui beneficium contulit, eique se præferri postulat: jam incipit esse injusta ac vitiosa possessio cùm naturâ æquum sit, alium non diutiùs nostra liberalitate uti, quàm nos velimus. *leg.2. §.2.& leg.15. Et habet.ff. de precario.* Accedit huc, quod ut maximè precariò habens, corpore possideat; tamen etiam dominus possessionem retinuit. Nam animo à possessione non discessit. *d. leg.15.§.4. inf. ff. d. tit.* Et hæc possessio domini qui precarium concessit, meritò potior esse debet alterâ, quam habet ab ipso qui precarium rogavit, *argument. leg. ultim. ff. de publici: in rem*

act. Hoc tamen quod dixi de possessione quæ sit penes precariò habentem, non est perpetuum; sed tunc demum valet, quando quis precariò rogavit, ut sibi possidere liceat. *d l.15.§.Eum qui.d.t.l.21.interdum ff.de acquir. possess.l 33. Non solum.* §. *ult.ff.de usucap.* Nam si ut tantùm in fundo morari sibi liceat, rogaverit quispiam, ut *l.6.certè.§.is qui rogavit.* & *l.penult.ff.de precario.* tunc is tantùm qui concessit, non etiam iste qui rogavit possidet, non magis quàm vel fructuarius vel colonus, vel inquilinus: quos constat non possidere, quamvis in prædio sint. *l. 15.sciendum.* D. *Qui satisdare cogantur.* Tertiò differunt Commodatum & Precarium: quòd illud quidem sit contractus, qui re fit. §. *Item is cui res.Instit. Quib.modis re contr.*&*l.1* §. *3.Is quoque cui rem ff. de oblig.& act.* Sed Precarium magis spectat ad causam donationis, & beneficii quàm negotii contractum. *l 14. Interdictum. ff. de precario.* Videatur & Henr. Bocerus *ad h.l.pag.103.& seq.* ubi docet, Precarium neque contractum esse, neq; quasi contractum. Dicet aliquis: si precarium non est contractus, non etiam quasi cõtractus: quare igitur hìc Ulpianus de eo tractat, ubi propositum ipsi est agere de contractibus & quasi contractibus? Respondeo: hoc ideò fit, quia tametsi non sit contractus vel quasi, tamen habet similitudinem cum commodato qui est contractus re initus. Posset etiã hoc addi; *in l.14.ff.de precario.* non omninò nec simpliciter negari, quod precarium sit contractus; sed Jurisconsultum loqui comparatè, ut significet propiùs accedere precarium ad naturam donationis & beneficii, quàm contractuum. Hinc fluit quarta differentia: Ex commodato nascitur actio civilis, videlicet commodati. *tot.tit. ff. commodati, vel contrà.* Ex precario autem non datur aliqua actio civilis. *d. l. 14. Interdictum: ff.de precario.* Item *in l.14.Eum qui emit.* § 11. *Is qui precariò. ff. de furtis*: sed Interdictum. Omne autem interdictum est ex jure Prætorio. *init. tit. Instit. de interdict.* Datur quidem præter interdictum etiam actio præscriptis verbis: quæ & condictio incerti appellatur, *in l.2.§ 2.in f.* & *in l.19.duo in solidum.§ ult.ff.de precario*: sed ea actio non datur ex contractu vel quasi, verùm potiùs ex æquo & bono, sive ex bona fide, ut Ulpianus loquitur *in f.§.2.l.2. de precario.* Anton. Contius tamen *pag. 26.* in ea videtur sententia esse, quòd precarium sit contractus innominatus: quod confirmari posset argumento à simili ducto. Nam sicut ex innominatis illis contractibus, DO UT DES, DO UT FACIAS, FACIO UT DES, & FACIO UT FACIAS, datur actio præscriptis verbis plerumque: ut est *in leg.5. ff. de præscriptis verbis*: ita etiam ex precario datur eadem actio, quæ cum interdicto concurrit.

Quinta & ultima differentia propriè ad hanc legem nostram pertinet. In Commodato præstatur dolus & culpa; in Precario autem is qui precariò rogavit, culpam non præstat, sed duntaxat dolum & culpam latam: ut *hic*, & *in l. 8. Quæsitum est §.3.Eum quoque. & §. 6. & generaliter.ff.de precario.* De Commodato, ratio explicabitur infrà suo loco: sed de Precario, cur in eo nihil præter dolum & latam culpam præstetur, hoc loco videndum est. Ratio autem hujus juris non una redditur. Prima sumitur ex *l 14. Eum qui.* §. *Is qui precario. ff. de furtis*: ubi ait Ulpianus, simile donato precarium esse. Quam rationem ita explicat Contius: Icirco in precario non præstatur culpa ab eo qui accepit: quia precariò roganti & acci-

accipienti rem videtur ad incertum tempus donata & sua facta possessio. Nemo autem cogitur rationem reddere cuiquam rei suæ, vel sibi donatæ, quamvis negligenter à se administratæ & custoditæ: *argum. l. 21. In re mandata. C. Mandati.* Sed nec civili ulla actione repeti potest precarium. *l. 14. Interdictum. ff. de precario.* & *d. l. 14. §. 11 qui precario. ff. de furtis.* Ergo neque culpæ ratio reposci debet. Altera ratio est, quam assignat Ulpianus *in d. l 8. quæsitum est. §. Eum quoque. ff. de precario,* quia cum totum hoc ex mera liberalitate descendat illius qui precariò concessit, satis fit, si dolus tantùm præstetur: quasi dicat: Repugnaret enim liberalitati, si quis culpæ rationem reposcere vellet ex re non satis custodita, neque conveniens esset homini liberali, ut idem sit rigidus ac severus exactor, qui potiùs causam benefaciendi semper cogitat, ut ait Publius Syrus. *Videndum est* enim *inprimis, ne obsit benignitas ijs quibus benignè videbitur fieri. Nam qui gratificantur cuipiam quod obsit illi cui prodesse velle videantur, non benefici neque liberales, sed perniciosi assentatores judicandi sunt,* ut præclarè scripsit Cicero *libr. 1. de offic.* Tertia ratio sumitur ex *l. 2. §. Eum qui.* & *l. 12. Cum precario. in princ. ff. de precario.* quia qui precarium concessit, potest illud quolibet momento revocare, quandocunq; scilicet mutaverit voluntatem, quæ hìc quoq; non minùs quàm in Testamentis est ambulatoria. Cum igitur penes accipientem adeò sit instabilis usus: & revocatio sæpè ipsi intempestiva atque incommoda accidat; videlicet nondum expleto usu: non est æquum visum, ut nimium ab ipso exigeretur, sed potiùs ut qui in uno fuerat gravatus, in altero relevaretur. Nō igitur aliàs tenetur, nisi quid dolo fecerit aut culpa dolo proxima sive lata. *d. l. 8. quæsitum est. §. Eum quoq;. & §. 5. si servitute. cum §. sequenti ff. de precario.* His & postremà accedat ratio, quam indicat etiam Antonius Delrio: quia qui passus est rem suam apud Precarium possidentem perire vel deteriorem fieri ipsius culpà & negligentià; sibi hoc imputare debet, qui non citiùs revocaverit, cùm posset. Intervenit ergo ipsius etiam quædam culpa, per quam quod sentit damnum, sentire non videtur. *l. 203. quod quis. infrà h. tit.* & sibi imputare, non aliis, debet. *cap. damnum. de Regg. jur. in 6.*

Sed quoniam superioribus nonnulla possunt objici, breviter illa diluemus. Primùm igitur obstat, quòd precarium conceditur accipientis causa, & ad ipsius tantùm utilitatem, perinde ut & commodatum. Ex quo videbatur, de similibus idem Jus disponendum, ut videlicet quemadmodum in commodato commodatarius non tantùm de dolo & lata culpa tenetur, sed etiam levem culpam & levissimam præstare debet. *l. 5. §. Nunc videndum. vers. commodatum. ff. commodati,* ita & precarius possessor similiter ad hæc quoque præstanda obligaretur. Nam ubi eadem ratio est, ibi idem jus statuendum est. *l. 32. illud quæsitum. ff. ad L. Aquiliam* & Cicero *in Topic.* inquit: *Valeat æquitas, quæ in paribus causis paria jura desiderat.* Responsio patet ex suprà dictis. Negandum est enim quod Commodatum & Precarium per omnia sint similia: immò in multis differunt; quod superius ostendi: maximeque in eo, quòd Commodatum non potest intempestivè re-

vocari

vocari quandocunque vult is qui rem utendam dedit, sed exspectare oportet, dum expletus sit usus: Precarium verò ex solo nutu concedentis pendet, ita, ut quovis momento & ex beneplacito ipsius possit revocari. Cùm itaque multò plenior, certior ac diuturnior usus rei versetur in commodato; brevior autem & incertior in precario: non est mirum, quod illi, qui Jura condiderunt, hoc discrimen inter utriusque obligationem observari voluerint: ut precariò rogans multò leniùs obligaretur; Commodatarius autem ad plura teneretur, & duriùs obligaretur. Æquissimum namque visum est, ab eo multum reposci, cui multum fuerit datum, ut est etiam in dicto Evangelii.

Alia objectio sumitur ex collatione Precarii cum Deposito. Nam etiam depositum potest liberrimè revocari quovis tempore, cum placuerit ei qui deposuit: & tamen quando solius accipientis gratia deponitur, tum depositarius talis non modò dolum & latam culpam dolo proximam, sed etiam culpam levem & levissimam præstare cogitur *l.4.si quis nec causam.ff.de rebus creditis*: & dixi *sup. cap. praeced. inter exceptiones à Regula.* Ergo ad eundem modum debebat etiam precariò possidens obligari, ut non tantùm dolum & latam culpam, sed levem quoque & levissimam præstaret. Respondeo negando consequentiam, quia separata est ratio Depositi & Precarii: quamvis in paucis quibusdam conveniant, ut suprà dixi. Et ut maximè depositum aliquando fiat ad utilitatem depositarii: tamen etiam eo casu simul complectitur aliquam utilitatem deponentis, dum videlicet res ipsius, fortè absentis, in tuto est collocata, & à depositario asservata. Præterea putat Delrio, quando depositum fit solius accipientis gratia, tunc non posse id liberè revocari quandocunque voluerit is qui deposuit; quod nusquam sanè expressum legi in Jure nostro; Puto tamen non absurdè posse dici, argumento commodati.

Tertiò objici potest: quòd in Mandato etiam levissima culpa à mandatario præstanda venit; non obstante eo, quod revocari possit quandocunque voluerit is qui mandabat, quamdiu res est integra. Ergo videbatur etiam precariò accipiens similiter obligari debuisse. Respondeo: Etiamsi mandatum & precarium quatamtenus conveniant, quoad jus & potestatem revocandi: in plurimis tamen longè diversissima est natura mandati; in quo cur etiam levissima culpa veniat, infrà *cap.prox.* explicabo.

Observanda est etiam exceptio à superiore sententia: videlicet, in precario non tantùm dolum & culpam latam venire, sed etiam levem culpam & omnem causam, post editum interdictum & moram: hoc est, si quis reposcenti precarium non statim restituerit, sed moram fecerit; exspectans, dum adversarius qui precario concessit, interdicto cum ipso experiretur. *l.8.quæsitum est.§.6. Et generaliter. vers.planè.ff.de precario.* ubi notandum est, particulam PLANÈ notam esse exceptionis, ut etiam *in §.sic itaq.vers.planè.& §.seq.vers.planè.Inst.de Action.& passim alibi.* sicut etiam particula SANÈ *in §.æquè.vers.sanè.eod.tit.& alibi* Ratio

hujus

hujus exceptionis, cur inquam hoc casu is qui precarium rogavit, duriùs obligetur & aliquid amplius quàm aliàs præstare debeat, est odium moræ, & detentationis rei alienæ: quæ semper odiosa esse solet. Debebat enim confestim reposcenti rem suam reddere, cujus nulla est causa retinendæ invito domino. *d l.2.§.2.& l.12. cum precarium.& l.15.& habet.ff.de precario.* Huic simile est quod suprà dixi de Deposito inter Exceptiones; nempe, quod depositarius qui secum agi passus est, cum moram fecisset in restituendâ re, præter dolum etiam culpam præstet.

Huic addenda est & altera Exceptio: Nisi pacto convenerit inter precariò rogantem & concedentem, ut amplius quid præstaretur præter dolum & culpam latam: *arg.vers.sed hæc ita.h.l.nostra* hoc enim pactum est validum & observandum. Illud autem pactum est inutile, ne ante certum tempus auferri possit res ei qui precario rogavit, utpotè contrarium naturæ precarii *l.12.in pr.ff.de precario.* cui tamen Anton. Delrio hanc limitationem addit: Nisi illud pactum ea forma concipiatur, ut negotium transeat in alium quempiam contractum, non repugnāte significatione verborum; ut videlicet magis sit Commodatum quàm Precarium.

Sequitur postremò locus de Actionibus, quæ precarii nomine dentur. Jam suprà autem dictum est, Civilem quidem Actionem nullam hoc nomine esse. *l.14. Interdictum. ff. de precario. & l.14. Eum qui. §. Is qui precario. ff. de furtis.* Intoductum est igitur loco actionis civilis Interdictum, quod Paulus *in d.l. 14.* vocat *de precariis*; cùm usitatius dicatur *de precario.* Est autem hoc interdictum Recuperandæ possessionis: nam hoc agit, hoc intendit, is qui tali interdicto experitur, non ut adipiscatur possessionem, non etiam ut retineat; sed ut recuperet. Etsi enim is qui concessit precarium, animo non discessit à possessione: tamen quia is qui rogavit corpore possidet, ut est *in l 15.& habet.§.Eum qui precario. ff. de precario.* meritò adversus eum agitur ad id, ut rem restituat. Porrò cum Interdicto de precario concurrit etiam Actio præscriptis verbis, quæ *incerti condictio* appellatur *in l.19. Duo in solidum.§.ult. ff.de precario.* & ex bona fide oriri dicitur, *in l. 2.§.2.ff. eod. tit.* id est, ex æquo & bono: ex quo & aliæ condictionum species nascuntur; v.g. Condictio indebiti, item sine causa, & ob causam datorum, &c. Præterea puto etiam alias actiones concurrere; ut sunt Ad exhibendum, & Rei vindicatio, si precario concedens fuerit dominus rei; argumento eorum quæ suprà dixi de Actionibus ad depositum repetendum competentibus. Sed ex his remediis omnibus difficillimum est illud Rei vindicationis: nempe ob difficultatem probandi dominii. Consultius ergò faciet is, qui alia remedia multò faciliora elegerit. Quæ cautela perpetuò observanda est, quoties plura affinia remedia in jure dantur. Interdum etiam fit, ut non detur interdictum de precario; sed illo cessante, sit actio de peculio, vel de in rem verso. Exemplum est *in l.13. si servus. in posteriore legis parte. ff. de precario.* nempe si servus vel filiusfamilias alicujus suo nomine precariò rogaverit, ignorante domino vel patre. Aliud est si non ignorante, sed vel mandante vel ratum habente domino vel patre servus vel filiusfamilias precariò rogaverit, & quidem ipsius nomine, ut est in priore parte ejusdem legis.

Et hæc de precario illo, cujus in Jure civili fit mentio, quod (ut dixi) longè usitatius & crebrius est nomen numero singulari quàm plurali: & solus (quod sciam) Paulus etiam plurali *precarijs* usus est *in l.14.ff.de precario.* Diligenter autem ab eo discernenda sunt alia duo genera à Juris Canonici Doctorib. excogitata, & in mores recepta: quorum unum vocatur *precaria* genere fœminino, numero singulari: Alterum *precariæ* genere fœminino, numero plurali. Inter quæ duo ita distinguunt: ut *precaria* fiat ad mortem, nec ante revocari possit: in quo ferè convenit cum usufructu, qui etiam est Jus ad vitam durans, & morte finitur. *§.finitur.Inst.de usufr.l.1.& l.3 §.ult.ff.quib.mod.usufr.amitt.* Unde etiam Antonius Contius rectè scribit, precariam esse instar ususfructus. *Precariæ* autem in plurali numero, singulis lustris, id est, quinto quoque anno renovantur. Videatur Hostiensis *in Summa tit.de precarijs*: cujus versus quatuor memoriæ inservire jussos refert glossator Juris canonici, *d.tit.* De ijsdem videatur & Cujacius *ad tit.9. lib.1.Feudorum.* & Joan.Borcholten *de Feudis cap 3.n.46.* Dixi etiam nonnihil *in partition.Feudal,lib.1.cap.2 quæst.9.*

CAPUT QUINTUM

DE MANDATO.

VIdimus hucusq; ea negotia, in quibus tantùm dolus regulariter ex ipsorum naturâ communi præstari solet: qualia fuerunt, Depositum, & Precarium. Sequuntur jam alii contractus, in quibus præter dolum etiam aliquid amplius præstandum venit. Ex his primum occurrit Mandatum: quod & dolum & culpam & diligentiam recipit. Quam sententiam sive Regulam priusquam explicemus, & confirmemus aliorum Juris locorum collatione, & per suam rationem, & objectiones, sive rationes dubitandi: quædam præmittenda sunt majoris evidentiæ causa: ut primùm de vocabulo. 2. de divisione Mandati. 3. de differentia ejusdem à quibusdam cognatis. 4. de definitione.

Ad VOCABULUM quod attinet, Isidorus id deducit à *manudata*: vel quia manus datio in hoc contractu interveniat, id est, quod negotia manui seu potestati alicujus committantur & subjiciantur. Sed simplicius est, à verbo *mandare* nomen verbale *mandatum* descendere. Plautus *in Mercatore* vocat Rem mandatam in hac nobili sententia: *Mandatæ rei sapientes pravorti decet*: hoc est, mandatum summa fide ante omnia exsequendum est, ejusque sollicita cura omnibus aliis rebus est anteponenda. Sic enim Comicus ille verbo prævertendi uti solet. In hoc contractu duæ interveniunt personæ: unus qui mandat, alter cui mandatur, sive qui suscipit mandatum: quorum illum vocamus *Mandatorem*, ut *in l.10 §.11. Fidejussores & mandatores.l.26.inter.& l seq.§.qui mandatum.& l.28. Papinianus. & l.60.Creditor mandatorem.ff.mandati.§.mandatum non suscipere.Inst.de mandate*

dato. Vocamus etiam *Mandantem*: ut §.1. *Mandantis tantum. Institut. dict. tit.* Appellatur idem etiam *Dominus negotiorum*: ut *in l.1. & passim. ff. de Procuratoribus*. Hunc autem *Mandatarium*, & sæpè etiam *Procuratorem* dicimus: ut *l.7. salarium procuratoris. & l. seq. l.10. l.55. procuratori. ff. Mandati. & tot. tit. D. & C. de procurat.* Nam omnis procurator, sive sit rerum forensium, ac judicialium, sive aliarum, constituitur per mandatum. *l.1. in pr. & l.42. licet. §. 2. Ea obligatio. ff. de procur.* Aliquando etiã dicitur *salariarius*: ut *in l.10. §.9. Idem Labeo. ff. Mandati*: videlicet à salario, quod percipit pro operâ, honoris & remunerationis causa: cujus tamen nomine ipsi datur non mandati actio, sed extraordinaria cognitio, si certum aliquod salarium sit promissum. Nam de incerto planè nullum datur remedium. Germanis nostris Procurator est ein Gewalthaber/ Item Gevollmechtiger: ut Mandatum ipsum vocamus ein Gewalt/oder Vollmacht. Usitata sunt autem in hoc contractu ista ferè verba: *Rogo, volo, mando, peto*, & alia horum similia. *l.1. §. item sive. & l. ult. §. 1. ff. Mandati*: quæ verba ferè etiam in fideicommissis sunt recepta. §. *ult. Instit. de singulis reb. per fideicom: rel*: neque tamen propterea existimandum est, ad hunc contractum necessaria esse verba, ita ut absque illis non consistant: multò minus, hunc contractum verbis fieri. Immò consensu nudo contrahentium, etiam inter absentes consistit mandati obligatio, ut est *in l.1. ff. Mandati*, & *in l.2. in pr. ff. de oblig. & act.* & *init. tit. Instit. de oblig. ex consens.* & *tit. Inst. de his per quos agere poss. vers. procurator.*

Cùm autem consensus sit duplex, alius expressus, qui scilicet vel voce vel scriptura declaratur, vel etiam per nuncium: alius tacitus, cùm quis præsens est negotio, quod suo nomine geritur, & patitur, nec recusat, aut contradicit, aut vetat: in summa, quando non ostendit ullo signo se invito id fieri: consequens est, mandatum quoque sic DIVIDI, & duplex constitui; *Expressum* scilicet, vel *Tacitum*. Posterioris generis exempla præbent hæ leges: *l. 6. §. si passus sim. l.18. qui patitur. & l.53. qui fide alterius. ff. mandati*. v. g. Pro te præsente & tacente & patiente ultrò fidejussi. Hic inter me & te intervenit tacitum mandatum, cujus vi teneris mihi actione mandati, ad recuperandum id quod pro te solvi ex causa fidejussionis, etiamsi nullo verbo te rogaverim, ut pro me fidejuberes. Semper enim, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur: ut inquit Ulpianus noster *in l 60. semper. ff. inf. h. t.* Aliud est, si pro te præsente & vetante fidejusserim. Nam hic neque mandati neque negotiorum gestorum contra te datur Actio. *d. l. 6. §. si passus, in verbis: nisi pro invito quis intercesserit. & l. 40. si pro te præsente. ff. mandati.* Cui simile est, quod si quis prohibeat, ne alter sua negotia gerat, prohibitio illa tollit actionem negotiorum gestorum post prohibitionem. *l. ult. C. de negot. gestis.* Ratio differentiæ est, quia hic deest consensus ex persona ejus, pro quo fidejubetur. Sine consensu verò utriusque partis, mandatum non contrahitur. *arg l 55. In omnib. & l.57. ff. de obl. & act. & d. l.1 in pr. ff. mand.* Aliud quoq; est, si quis pro absente & ignorante fidejusserit. Nam hic non habebit actionem mandati, sed negotiorũ gestorũ. *l 20. ex mandato. §.1. ff. mandati.* Ratio cur hoc casu detur actio negotiorũ gestorũ; mandati non detur; hæc est; quia mandatum nullum intervenit:

quod tametsi etiam inter absentes contrahi potest per nuncium vel per epistolam. *l.1.§.1 ff.mandati.& l.2.vers.unde.ff.de obl.& act.& d.tit. Inst. de obl.ex consensu, & tit.de his per quos agere possumus*: tamen hic neutrum intervenit. Interim tamen quia negari non potest negotia absentis gesta esse à fidejussore: propterea eum indemnem præstari æquissimum est: ut recipiat à domino negotiorum quidquid ei abest hoc nomine, vel quicquid absuturum est. *l.2 in fin.ff. de negotiis gestis.* Sic alibi quoque inter præsentes & absentes distinguitur: ut *in l.22 si mandavero.§. si curator.ff.Mandati.* Atque hæc breviter de prima divisione mandati in expressum & tacitum. Est & alia divisio sumpta à fine sive utilitate, cujus scilicet gratiâ mandatum contrahatur: ut videri potest *in l.2.ff. Mandati.& initio tit. Institut. cum §.seqq. Instit.de mandato.* Rursum alia est mandati divisio, qua vel est *generale*, vel *speciale*; sive procurator vel datur ad omnes res, & ita ut sit totorum bonorum administrator ex mandato generali, vel ad unam duntaxat rem vel ad litem aliquam. *d.l.1.§.1. & l 3. & l.58. procurator, cui generaliter, & l. 63 procurator totorum bonorum ff.de procurat.* Addiderunt Dd. etiam hanc divisionem, quod procurator alius sit *cum liberâ administratione*, (ipsi vocant per ellypsin, *Procuratorem cum liberâ*) alius *sine liberâ*: quam tamen reprehendit Giphanius *ad tit. de procurat.* & *in tract. de divis. juris.* Hæc sufficiant de divisionibus mandati & procuratoris: Quibus & hoc addo: In judiciis, sive ad litem, ut constituatur procurator, non sufficere tacitum mandatum, sed requiri expressum: Idque ideò, quia in judiciis major requiritur solennitas quàm in extra judicialibus negotiis: Deinde quia inprimis cavendum est ne judicia reddantur elusoria. *arg.tit. Instit.de satisdat.* Facilè autem eludi possent, si procurator rei alienæ admitteretur etiam sine expresso mandato.

Sequitur jam ut mandatum à COGNATIS quibusdam & vicinis negotiis separemus. Habent autem cognationem quandam cum Mandato ista quatuor: *Consilium, Commendatio Negotiorum gestio, Ratihabitio, & Locatio-Conductio.* De quibus ordine videndum. A *Consilio* igitur differt Mandatum: quòd hoc est obligatorium: illud non item. Consilii namque non fraudulenti nulla obligatio est, & nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expedierit ei cui dabatur. *d.l.2.in fine.ff.Mandati.§ Tua tantum vers cujus generis. Inst. de mandat. l.47. consil. f.inf.h.t* Item in consilio tantum dolus præstatur: qui si absit; nulla, ne quidem de dolo, actio datur. *d l.Consil.f.& Cic.in epist.ad Att.* itẽ *Symmach.in Epist.* Deinde à *Commendatione* differt Mandatũ: quia ex cõmendatione hominis nemo obligatur: atqui ex mandato obligatur. *l. 12 si verò. §. Cum quidam. ff. mandati,* ubi Ulpianus refert Epistolam commendatitiam Laconicè scriptam: *Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem, amicum meum.* Quanquam autem ex commendatione sua nemo obligatur alteri: tamen in commendando non nimis liberales aut profusi, multò minus temerarii ac dissoluti esse debemus: sed potiùs restricti, cauti, & circumspecti: Memores videlicet præcepti Horatiani:

Qualem commendes etiam atque etiam aspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata ruborem.

Tertiò

Tertiò *Negotiorum gestio* etiam magnam habet affinitatem cum Mandato: quod vel inde satis intelligitur, quia non solùm *in Instit.* proximè post Mandatum de illa explicatur, *initio tit. de obl. g. ex quasi contr.* Verùm etiam *in pandect. tit. de procuratoribus*, qui ut supra dictum est, per Mandatum constituuntur, statim subjicitur *tit. de negot. gestis* idemque ordo etiam *in Codice* observatur: ut scilicet quę de eodē ferè loquūtur in cōfinio ponantur, ex præcepto Justiniani. Et similitudo quidem inter hæc duo primùm in eo consistit, quod utrobique negotia geruntur aliena: deinde in eo, quod ex utroque nascitur ultrò citroque obligatio, & actio tàm contraria quàm directa: tertiò in eo quòd utrobique exactissima diligentia præstanda est: ut mox de mandato explicabitur, & infrà suo loco de negotiis gestis. Sed differunt etiam in aliquibus, v. g. primùm in eo, quòd mandati obligatio non contrahitur, nisi præcesserit mandatum domini negotiorum, si non expressum, saltem tacitum, idque ab altera parte fuerit susceptum: In negotiorum gestione ultrò quis sese offert & accedit ad aliena negotia gerenda sine mandato. Secundò, mandatum requirit utriusque partis scientiam. Ignorans autem mandati non obligabitur; quia scilicet ignorantia (ut etiam error) non habet consensum: ex negotiorum gestione autem etiam ignorantes obligantur illi, quorum negotia fuerint gesta. Tertio & ultimò Mandatum est verus contractus: sed negotiorum gestio est quasi contractus, de his differentiis videatur, *§. 1. Instit. de oblig. quæ q. ex contr.* & *l. 39. solvendo. ff. de negot. gestis.*

Quartò cognationem quandam habere cum Mandato dixi etiam *Ratihabitionem*: quod patet tùm ex *l. 60. semper inf. h. t.* ubi Ulpianus addit, *sed & si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione*: tum ex Regula Juris Canonici: *Ratihabitionem retrotrahi & mandato non est dubium comparari. cap. 10. de reg. jur. in 6.* Ratam rem habere, est comprobare & agnoscere quod actum est; ut explicat ipse Ulpianus *in l. 12. §. 1. ff. Ratam rem haberi*: Nec tantùm verbis, sed etiam actu ratum haberi potest, ut ait Scævola *in l. g. 5. ff. d. tit.* Quanquam autem Ratihabitio comparatur Mandato, & similis est in multis: ut inter alia etiam in eo, quòd utrumque potest etiam inter absentes fieri: item quòd utrumque non solùm in contractibus, sed etiam in delictis & criminibus vim suam exerit: tamen etiam differunt in multis: v. g primùm in eo quod Mandatum semper præcedit actum; vel certè supervenit, actu nondum perfecto. *l. 20. ex mandato. §. 1. in verb. cum non antecesserit Mandatum ff. Mandati*: Ratihabitio autem semper sequitur. Secundò. Mandatum potest esse etiam de rebus alienis: Ratihabitio verò nisi de re ad nos pertinente est nulla. tertiò. Mandatū non præsumitur ex diuturnitate temporis quantumvis longi: Ratihabitio autem ex antiquitate temporis præsumitur: Quartò ubi lex vel statutum requirit mandatum ad formam & validitatem actus, ibi necessariò intervenit mandatum, nec sufficit ratihabitio. Quintò in Mandato est Veritas; sed in ratihabitione est fictio juris. Sextò Ex mandato nascitur actio Mandati: ex ratihabitione oritur Negotiorum gestorum actio: ut communis est opinio Dd. quam etiam tuetur Per. Peccius. *in comment. ad d. cap. 10. de reg. jur. in 6.* ubi .n. 7. refert di-

ſtinctionem Saliceti *ad l.9.ſi pecuniam.C.de negot.geſtis.* ad quam legem etiam Accurſius jam olim valdè ſe torſit, ut ſolveret antinomiam quæ eſt inter *illam l.* & inter *d.l.60.h tit.* Nam *lex 9.* dat ex ratihabitione actionem Negotiorum geſtorum; cum *d.l.60.* det Mandati actionem. Videri poteſt & alia diſtinctio apud Henr. Bocerum *in comment.ad h.l.pag.108.* Habet deniq; Mandatum etiam cognationem cum *Locatione & conductione*; præſertim quando in hac opera præſtatur: ſed differt in eo potiſſimùm, quòd mandatum fit gratis, ſine mercede; at locatio conductio cum mercede: ut paulò poſt dicetur in explicatione definitionis Mandati. His differentiis quæ ſunt inter mandatum & cognata quædam negotia rectè addiderit aliquis etiam differentias quæ ſunt inter *Procuratorem* & *Advocatum* De quibus conſuli poteſt Cuiacius *in paratit.C.ad tit.de procurat.*

Sequitur DEFINITIO Mandati eſt autem *contractus qui fit conſenſu de negotiis honeſtis mandatoris gratuitò & ſine mercede adminiſtrandis, expediendis, ſive procurandis, per mandatarium animo procuratoris.* Cujus definitionis ſingulæ partes ordine nobis ſunt expendendæ & probandæ. Et quidem primò quod ſit *contractus conſenſu factus*, probatur ſatis per *l.1.ff. Mandati*, & *l.2.ff. de oblig. & action.* & conſtat ex *Inſtit. tit. de obl. quæ ex conſ.* Deinde quòd *negotia* debeant eſſe *honeſta*, vel inde ſatis patet, quia rei turpis nullum eſt mandatum: ſive, mandatum quod contra bonos mores eſt, non eſt obligatorium: ſive, mandatum rei flagitioſæ nullas vires habet. *l.6.§.3. Rei turpis.* & *l.12.ſi verò §.ſi adoleſcens luxurioſus.ff. Mandati l.35. quod ſæpè §. veneni mali.ff. de contrah. empt.* v. g. de ſacrilegio, de vulnere alicui infligendo, de homine occidendo, de furto faciendo, de damno, de injuria. *l.22.ſi mandavero §.6.qui ædem ſacram.ff. Mandati.§.illud quoque mandatum.Inſtit.eod.* Eſtq; hoc generale in omnibus contractibus, pactis & ſtipulationibus, ut ſi quid turpe & contra bonos mores contineant, nullius ſint momenti *l.27.ſi unus.§.14.pacta quæ turpem.ff.de pactis l.26. generaliter. & l.ſeq. l.35.ſi ſtipulor l.61.ſtipulatio.l.123.ſi flagitii.ff.de verb.obl.l.5.C.de condict.ob turpem cauſam.* Talia namq; ne quidem facere nos poſſe credendum eſt, ut præclarè ait Papinianus *in l.15.ff.de condition.inſtit.* Quare ſicut impoſſibilium obligatio nulla eſt: ita neq; rerum turpium ulla contrahi poteſt obligatio.

Porrò quod *gratuitò & ſine mercede* mandatum ſuſcipiendum ſit, habetur *in l.1.§.ult.ff. Mandati in l.20.ſi contra.inf. C. eod. tit. l.15. litem C. de procur.§. ult. Inſtit. de mandato.* Niſi enim gratuitum ſit, mandatum nullum eſt, ac in aliam formam negotii cadit: & quàm primum pro opera intervenit pecunia ſive merces, jam res potius reſpicit ad locationem & conductionem. Hoc tamen quod dictum eſt, mandatum gratuitum eſſe debere non ita ſtrictè accipiendum eſt, quaſi omne omninò etiam honorarium ſive ſalarium ſive remunerationem excludat & reſpuat, eové accedente vitietur mandati contractus. Nequaquam. Imò verò admittit honorarium ſive ſalarium remunerandi cauſa laboris & induſtriæ. *l. 6. in pr. ff. Mandati*, ubi vocatur *honor*, eadem ratione, qua Cicero ad Tyronem ſuum ſcripſit: *habe honorem medico*, cum vellet ac juberet, honorarium ipſi perſolvi pro opera curatæ valetudinis. Sed de ſalario hæc adhibenda eſt diſtinctio. Aut ſalarium incertâ pollicitatione promiſſum eſt procuratori, non ex-

preſſa

pressa quantitate ejus: Et tunc peti non potest: *leg. 17. salarium* & *l. 56. qui mutuam. §. salarium ff. Mandati*, quod eam rationem habere puto, quia qui incertum quid & in genere duntaxat promisit, is potest vel minimam rem præstando liberari. Quæ causa est, cur etiam stipulationes & legata generalia plerumque non valeant. *l. ubi. 75. ff. de verb. oblig. leg. 69. Cum post divortium. §. gener. ff. de Jure dotium, cum similibus.* Aut certum quid & definitum salarii nomine constitutum est: & hoc peti potest, non quidem mandati actione, sed extra ordinem, sive cognitione prætoris vel præsidis provinciæ *leg. 1. in fin. & ibi Accursius, Cod. mandati leg. 7. salarium ff. eod. tit.* Immò, inquies, salarium cujus certa quantitas est promissa non extraordinaria cognitione petendum est, sed potius actione mandati. *leg. 6. in princip.* ff. *mandati*, ubi ait Ulpianus mandati esse actionem, si honor (id est salarium) intervenerit remuneranti causa; Mandati verò Actio est remedium ordinarium, cum cognitio sit extraordinaria. Respondeo: datur quidem eo casu actio mandati, sed ad alia potiùs, quàm ad salarium consequendum. Neque enim dicit Ulpianus actionem mandati dari ad petendum salarium, quod repugnaret aliis locis suprà adductis.

Diligenter autem ab hac pollicitatione salarii discernendum est *pactum*, quod Dd. vulgò vocant *de Quota litis*: videlicet cum quis incertum litis sive eventum litis redimit, v. g. cum procurator sumptus litis pro domino seu principali prærogat, ea lege ut pars aliqua litis, puta dimidia, vel tertia, vel quarta, sibi detur. Hæc enim conventio interdicta est, ut quæ sit contra bonos mores: & quidem multis legibus tale pactum reprobatur, tam in Advocatis, quàm in Procuratoribus. *ut leg. sumptus. 53.* ff. *de pactis. leg. 6. §. ultim. & leg. 7. salarium ff. Mandati. leg. 20. si contra & leg. 22. per diversas. Cod. Mandati. leg. 15. litem. Cod. de procurator. leg. 1. §. 12. si cui cantum* ff. *de extraord. cogn. l. 5. si qui advocatorum. C. de postulando*: ubi talibus Advocatis redemptoribus litium (sic enim passim appellantur in jure nostro. qui sunt Græcis ἐργολάβοι) hæc irrogatur pœna, ut advocatione ipsis interdicatur, sive ut à sua professione arceantur: cujus pœnæ etiam fit mentio *in d. leg. 7.* ff. *Mandati*, & alibi. Notandum etiam est, quod talis conventio ibi appelletur *deprædatio*: eadem videlicet ratione, qua & Quintilianus *l. br. 12. c. 7.* eleganter vocat *pactionem piraticam Causidicorum.* Hoc loco non possum silentio præterire ingenuam confessionem magni sua ætate JCti Raphaelis Fulgosii, quam ipsemet ad perpetuam memoriam extare voluit *in comment. suis ad leg. 53. sumptus. ff. de pactis*, quòd nimirùm in sua juventute, cum esset advocatus, sæpè solitus sit per ignorantiam illius Juris, quod jam retulimus, pacisci cum suis clientibus de quota litis, atque ita ab illis multa acceperit injusta lucra; Tandem verò cum in tales leges incidisset, quæ pactionem istam ut deprædatoriam & piraticam improbant, quòd non solùm destiterit in posterum: sed etiam seriam pœnitentiam suam injustè factorum eo ipso declaraverit, dum quidquid acceperat olim, occasione hujusmodi improborum pactorum, id omne reddiderit clientibus suis, & quidem cum usuris. Hanc memorabilem historiam facti, quod propemodum simile est historiæ Zachæi, de qua est in E-

in Evangelio, retulit etiam Theodor. Zwingerus *in Theatro vitæ humanæ pag. 2497. & pag. 3269.* Quæret aliquis, quæ sit causa cur hujusmodi pactum adeò sit adiosum & improbum visum legislatoribus? Bartolus hanc reddit rationem; quia Advocati vel procuratores hac pactione invitentur ad delinquendum; nempe ad litem quo jure quaque injuria etiam calumniosè prosequendam aut certè protelandam. Nam nullum non movebit lapidem, & in omnes se flectet partes, inque omnes formas sese transmutabit tanquam Proteus quispiã, ut vincat modò litem, is qui ex eventu ejus tantum sperat commodum. Hujus modi autem pacta quæ ad delinquendum invitant, legibus improbantur. *l. 7. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis.* Ant. Faber *in Rationalib. Pand. ad d. l. sumptus.* Hanc suam rationem præfert, quia legislator cum lites execretur, *l. 4. §. 1. ff. de alienat. jud. mut. causa facta l. quidam. 21. ff. de rebus creditis. l. per diversas 34. C. mandati. & tot. tit. Instit. de pœna temerè litig.* nullo modo ferre potest redemptores litium alienarum. Per eos enim fit, ut lites non minuantur, sed multiplicentur, magno cum damno Reipublicæ. Putarim hanc quoque rationem non ineptè reddi posse: quia lite pressus quamvis conditionem, etiam iniquam, facilè acceptaret, si permissum esset suo procuratori vel Advocato ab eo redimere incertum litis eventum, sive de quotâ litis cum eo pacisci. argumento eorum quæ de lege commissoria in pignoribus prohibenda aliàs dixi *in paratit. Juris Feudal. lib. 1. c. 11. q. 4.*

Porrò quod dixi in definitione Mandati, *de negotiis expediendis*: hoc pertinet ad finem istius contractus, & ad officium mandatarii. Nam iccirco mandat quis amico suo, ut negotia, quibus ipse per absentiam vel occupationes alias superesse nequit, ipse administret, procuret atque expediat. *l. 1. ff. de procurat*: & facit huc *l. 1. ff. de negot. gestis.* Quæret aliquis, quid si procurator non potuerit finem negotio imponere, idque expedire, an propterea perdet sumptus, quos bona fide necessariò impendit? Minime verò; sed mandati actione eos à domino consequetur, ut rectè respondit Papinianus. *in l. 56. qui mutuam. §. ultim. ff. Mandati.* Immò etiamsi litem amiserit procurator, non tamen suâ culpâ, potest sumptus recuperare quos in eam fecit, ut rescriptum est in *l. 4. C. mandati.* Fecit enim quod potuit, unde nihil est quod ipsi possit imputari. Eventum verò, sive quod res ad optatum finem non sit perducta, præstare non cogitur, perinde, ut neque consilii exitum quisquam præstare tenetur: quod aliàs latiùs probavi. Quod denique dictum est de *animo procuratoris*, hoc quoq; necessarium est ad substantiam mandati, & sumptum est ex *l. 10. itemq;. §. 7. ff. Mandati*, ubi non tenetur mandati, qui non animo procuratoris intervenit negotiis alterius, sed tantùm affectionem amicabilem promisit alteri in monendis procuratoribus & actoribus ejus, consilioque regendis: nec obligatur, nisi dolo quid fecerit: quo tamen casu non mandati actio, sed doli competit, argument: eorum quæ suprà de consilio diximus. Atque hæc de mandati definitione ejusque explicatione, ut tantò meliùs natura ejus intelligeretur, dicenda fuere.

Nunc ad id quod potissimum *in h. l. nostra* agitur, confirmandum accedamus, hoc est videamus. Quid *in mandato præstandum sit.* Regula est, Mandatum

recipit.

recipit dolum & culpam & diligentiam, eamque exactam; ut *hîc*, & *l. 8. si procuratorem. §. ultim. ff. Mandati* & clariùs multò *in l. 13. à procuratore*. & in *l. 21. in re mandata. Cod. Mandati*. Ratio de *dolo* manifesta est, omniumque contractuum communis, maximè verò eorum qui sunt bonæ fidei. Nihil enim est tàm contrarium bonæ fidei ac repugnans, quàm dolus & perfidia: & fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri solet. *leg. 1. Cod. de dolo malo. leg. penult. Cod. depos. leg. 4. bonam fidem. Cod. de oblig. & act. cum similibus*, Sub dolo autem in contractibus etiam *latam culpam* comprehendi & intelligi, toties jam inculcavimus *ad hanc legem* ut supervacuum sit repetere. Lata enim culpa dolo est proxima. Porrò de *culpa levi* ratio est, quia qui aliena negotia administranda suscipit, is ipso facto ea videtur polliceri, sine quibus illa rectè administrari nequeunt *arg. l. 2. D. de Jurisd.* qualia sunt; opera, industria & diligentia, & exactum officium. Hæc igitur in alienis negotiis sive in rebus mandatis maximè præstanda sunt, ut eleganter rescripsit Constantinus Imp. in *leg 21. in re mandata. Cod. Mand.* ubi facit oppositionem inter res proprias & alienas. In rebus suis ac propriis unicuique licet esse negligenti; utpote quarum sit liber moderator & arbiter, sive dominus, qui dicere possit illud ex Evangelica Parabola, *Matthæi* 20. *An non licet mihi facere quod volo in rebus meis?* (Quamvis interim etiam hoc sit verum, Expedire Reipublicæ, ne quis re sua malè utatur, & interesse Reip. habere cives vigilantes & industrios, & rerum suarum benè gerentes, & locupletes. *§. sed & major. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt.* & *l. 2. ff. eod. tit.* cum ibi notatis.) Sed alia est ratio rerum alienarum, quæ non admittunt negligentiam, sed exacto officio gerendæ sunt, adeò ut nihil culpâ vacuum sit, si quid in his fuerit neglectum aut declinatum. Videatur etiam insignis locus ad hanc rem apud Ciceronem *in orat. pro Sexto Roscio* ab illis verbis. *In privatis rebus. Siquis rem mandat*, &c. usq; ad verba, *fallere eum qui læsus non esset nisi credidisset*. Quem locum primus, quod ego sciam, ad illustrandum jus observavit & consulit Joan. Oldendorpius *Clas. 4. Act. 24.* deinde & alii eundem usurparunt, ut Ant. Contius, Giphanius noster & Delrio. Per verba autem *in d. l. 21.* [*exacto officio.*] Accursius, eumque secuti recentiores, intelligunt exactissimam diligentiam, cui opponitur *culpa levissima*: quam proinde etiam in mandato præstandam esse verior est sententia, & pluribus etiam interpretibus approbata. Qui sententiæ fundus est *in l. 13. à procuratore. C. Mandati*, ubi Imperatores rescribunt: A procuratore præstandum esse dolum & omnem culpam. Nota universalem orationem [*omnem*] Qui verò dicit omne, nihil excludit, ut vulgò quoque dicitur. Compræhendunt ergo ibi Impp. appellatione culpæ etiam levissimam, & non tantum levem; etsi hæc alias culpæ nomine absolutè & sine aliquo epitheto, vel sine particula universali posito, intelligenda venit: deinde *in ead l.* Imperatores tantùm excludunt casum fortuitū; & hunc solum negant præstari debere. Ergo præter casum fortuitum omnia cætera præstanda esse significant; nempe dolum, culpam latam, culpam levem, & culpam levissimam, unius ergo exclusio cæterorum est inclusio: & exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, *Iuribus pervulgatis.* Non est igitur recipienda distinctio Martini veteris glossatoris, quam refert

Accursius *ad d. l. 21.* Dicebat ille, videndum esse, utrum mandantis tantùm gratia factum esset mandatum, & tunc præstari à mandatario debere tantùm dolum & latam culpam: An verò mandantis & mandatarii simul: & tunc præstari debere dolum, & latam culpam, & levem; An denique mandatarii tantùm gratia: & tunc præstandam esse etiam levissimam culpam, præter dolum & latam ac levem culpam: quia nimirum ad hunc modum in commodato quoq; distingui solet. *leg. 5. §. interdum.* & *l. in rebus 17. ff. commodati*: de quo mox dicetur *sub cap. seq.* sed (ut dixi) verior est altera sententia, quæ fuit Bulgari *ad h. l.* & à pluribus est recepta, nempe, cujusquimodi Mandatum semper recipere etiam levissimam culpam, quam veteres JCti exprimunt vocabulo *diligentiæ. ut leg. 47. cum res. §. culpa. ff. legatis. 1. leg. 5. §. commodatum. & d. leg. in rebus ff. commod. leg. 2. & 3. ff. de periculo & com. rei vend. l. qui injuria. §. qui alienis. ff. de furtis. l. 72. socius ff. pro socio. §. ultim. Instit. de societate. §. 1. prope finem. Instit. de obl. quæ quasi ex contr. nasc. cum simil. locis.* unde & Harmenop. *lib. 6. Epitomæ Juris ad h. l. nostram* culpæ levi opponit mediam diligentiam, sed levissimæ magnam: quod & Anton. Contius ex eo observavit, & Rogerii quoque veteris Glossatoris auctoritate confirmavit. Accedit & ratio ipsa. Nam nisi dicamus, diligentiæ præstatione aliquid amplius significari præter levem culpam, & quidem denotari hoc verbo levissimam; tunc sequetur hoc absurdum, JCtos sine causa bis idem dixisse *in d. l. cum res. 47. §. culpa. de legat. 1. cum locis similibus.* quod à recta ratione loquendi sanorum hominum abhorret. Sed neque restrictio Car. Molinæi est admittenda, qui *in tractatu de eo quod interest n. 183.* putat, *d. l. 13. Cod. Mandati* intelligendam esse non de quovis, sed tantùm de forensi procuratore, sive ad lites dato: quasi videlicet in eo major diligentia requireretur, quàm in eo, qui extra judicialia ngotia administrat. Qua in re secutus est Bartolum & Decium. Sed quod pace tantorum virorum dixerim, falluntur. Nam ubi lex non distinguit, ibi nec nostrum est distinguere. *leg. 8. de pretio. & ibi Bart. in summa ff. de public. in rem act.* In *d.* autem *l. 13.* non distinguunt Impp. inter procuratorem ad litem, & procuratorem aliarum rerum: sed generaliter dicunt à quolibet procuratore omnem culpam præstandam esse. Quid igitur opus fuit, excogitare in loco alieno istam distinctionem? Denique nec Eguinario Baroni assentiendum: qui volebat, distinguendum esse inter procuratorem qui salarium accepit, & eum qui non accepit: Quam distinctionem rejicit auditor ejus Anton. Contius *pag. 29. & seq. ad h. l. n.* Hoc ergo firmiter teneamus: Mandatarium sive procuratorem ex hoc contractu ejusque naturâ non modò ad præstandum dolum ac latam & levem culpam, verum etiam ad levissimam obligari, & quidem indistinctè sive mandatum sit utriusque gratia, sive mandantis tantum, sive mandatarii tantum: item, sive procurator sit judicialis, atque ad lites exercendas constitutus, sive extra judicialis & ad negotia administranda datus: denique sive salarium intervenerit aliquod, sive nullum intervenerit.

Quæ

Quæ sententia ut tantò magis confirmetur, ejusque veritas illustretur, amolienda sunt quædam, quæ ei objici possunt; ut est in primis *lex. 10. Idemq. in princ. ff. Mandati.* ubi dicit Ulp. noster. Eum qui procurat, (id est mandatarium) nihil amplius quàm bonam fidem præstare oportere. Cum ergo certum sit, bonam fidem opponi dolo sive perfidiæ (ut & supra dixi) consequens esse videtur, in mandato nihil præter dolum præstari debere. Respondeo non hoc vult JCtus, cum ait, nihil amplius quàm bonam fidem præstare oportere eum qui procurat; quasi in mandato duntaxat dolum præstare debeat mandatarius (Hoc enim repugnaret aliis quàm plurimis & manifestissimis locis, ubi præter dolum etiam amplius quid præstatur.) sed bona fides in hujusmodi contractibus porrigit sese ad omnia quæ in ipsis præstanda sunt, atque ita ad levem quoque immò & levissimam culpam. Et certè mandatarius qui in amici rebus, quarum administrationem suscepit, negligenter versatur, non minùs facit contra bonam fidem, sive datam fidem violat, quàm si dolosè ac malitiosè in illis sese gereret. Nihil enim hìc neglectum & declinatum culpâ vacat, ut ait Constantinus *in d. leg. 21. In re mandatâ Cod. Mandati.* Eodem ferè recidit solutio Ant. Contii *ad hanc Legem* cum ait, bonam fidem aliter & exactius considerari in mandato, quam in deposito, ut patet ex dicto loco *Ciceronis in orat. pro sexto Roscio.* Alias duas solutiones videre licet apud Accursium *ad d. l. A procuratore. 13 C. Mandati.*

Secundò non abstat *l. 8. si procuratorem. §. ultim. ff. Mandati*: ubi dicitur, teneri eum qui suscepit mandatum de emendo alicui homine sive servo, & neglexit emptionem dolo vel lata culpa. Respond. non loqui ibi JC. exclusivè, quasi tantùm de dolo aut lata culpa teneretur; immò mox etiam subjicit culpam. Si justas, culpam simpliciter positam significare culpam levem: Respondeo, verum quidem hoc plerumque esse, ut supra multis legibus probatum est, sed tamen interdum pro subjecta materia (secundum quam semper accipienda sunt verba) culpam etiam comprehendere levissimam. Deinde qui dicit, culpam levem in aliquo contractu præstandam esse, non continuò existimari debet, voluisse exclusam culpam levissimam, nisi contrarium aliunde appareat.

Tertio non obstat *l. 29. si fidejussor. in princip. & §. quædam ff. Mandati* ubi qui fidejussit pro altero, tenetur de dolo & lata culpa, sive de dissoluta negligentia, quæ prope dolum est, si sciens prætermiserit exceptionem, quæ contra debitorem principalem competebat: v. g. non numeratæ pecuniæ, vel pacti de non petendo, vel de dolo &c. Respondeo cum Duareno, hoc ideò fieri, quia negotium illud ejusmodi est, ut non requirat singularem industriam, quæ aliàs exigitur in mandato. *d. l. 21. C. Mandati.* Ergo inter mandantem debitorem principalem, pro quo quis fidejussit, & mandatarium, eundemque fidejussorem, non hoc actum videtur, ut hìc etiam exactam diligentiam adhibere; sed satis esse visum fuit, si dolo & dissolutâ negligentiâ careret.

Quartò non obstat *l. 4. Cod. Mandati*: ubi procuratori datur mandati actio ad recuperandos sumptus in lite, etiamsi succubuerit, dummodò

modò nihil ab eo factum sit culpâ. Ergo à contrario sensu inde colligitur, si quid culpa factum fuerit, procuratorem qui litem amiserit non posse sumptus à se factos repetere. Ex quo dicendum videbatur, in mandato culpam levem, non etiam levissimam præstari: quia scilicet quoties culpa absolutè posita reperitur, levis intelligitur, non levissima, neque lata. Respond. regulariter quidem & in dubio, quando non constat aliunde quam speciem culpæ oporteat intelligere, Culpæ appellatione denotari levem: Veruntamen aliquando etiam levissimam subaudiendam, si suadeat subjecta materia: quæ est utilissima observatio Bartoli *in leg. venditione. vers. si quis fructus. n. 6. ff. de reb. auct. judicis poss.* & Baldi *in l. quæ fortuitis. C. de pignorat. act.*

Quintò non obstat, quod mandatum ferè fit in gratiam mandantis, & ad hujus solius utilitatem pertinet; non verò ad utriusque. *leg. 2. ff. Mandati.* Jam regula est: In iis contractibus, qui tantùm unius gratia fiunt, dolus tantùm præstatur, ut *hîc*, & *l. 5. §. Nunc videndum. ff. Commodati l. 108. Si servus §. 12. cum quid. ff. de legatis 1.* & *Modest. in tit. 10. libelli qui inscribitur Lex Dei collata cum Legibus Rom.* Respondeo, ut plurimum quidem illa Regula valet; sed tamen interdum fallit: ut ecce, depositum fit unius gratia, respicit enim ad utilitatem deponentis, non etiam depositarii: & tamen sæpenumerò etiam in deposito aliquid amplius præstandum est, quàm dolus, ut patet ex jis quæ suprà diximus *sub cap. 3. de deposito.* Similiter negotiorum gestio est quasi contractus, qui unius tantum gratia fit, nempe domini negotiorum: & tamen negotiorum gestor non tantùm dolum & latam culpam, sed etiam levem & levissimam præstat. §. 1. *vers. sicut autem Instit. de obl. quæ q. ex contr.* quod explicabitur *infrà sub cap. 12. de negotiis gestis.* Sic tutela quoque est Quasi contractus ad unius tantum gratiam, & quidem non ad tutoris utilitatem, sed solius pupilli comparatus. *leg. 1. ff. de tutelis §. 1. Instit. eod. tit.* & *Cicero in Off. lib. 1.* Et tamen tutor præter dolum & latam culpam præstare debet etiam levem, ut infrà probabitur *sub cap. 11. de tutela.* Quanquam igitur mandatum respicit utilitatem solius mandantis, nullam verò mandatarii: tamen hic non tantùm dolum, sed multò plura præstare debet, & inter cætera etiam culpam levissimam: idque propter tacitam assertionem industriæ suscipientis mandatum, cum propter solam industriam procurator eligatur. Videatur Dynus *ad cap. contractus de Reg. Jur. in 6.* & additio ad Glossam *in l. 13. à procuratore. C. Mandati.*

Sextò & ultimò non obstat, quod mandatario sive procuratori suum officium hac ratione erit damnosum & nimis grave, si tàm multa præstare debeat, atque etiam culpam levissimam. Jam verò suadet æquitas, ut nemini suum officium sit damnosum. *l. 7. sed si quis. ff. testam. quemadmod. aperi.* & *leg. 67. si servus communis. §. quod verò ff. de furtis.* Ex quo etiam fit, ut mandatario detur contraria mandati actio contra mandatorem ad recuperandas impensas ut servetur indemnis, sive ne quo damno afficiatur is qui suscipit mandatum.

datum. *l. 15. si mandassem. ff. mandat.*, de quò paulò pòst dicam. Respondeo: Non ob id erit damnosum aut grave mandatario officium suum, quamvis tàm arctè, ut diximus, obligetur. Nam cum sponte sua susciperet mandatum (quod ei liberum erat non suscipere. §. *Mandatum non suscipere. Instit. de Mand.* & *l. 22. si mandavero. §. ultim. ff. Mand.*) consentit in eam obligationem, quam jure proditam esse sciebat, vel certè debebat scire, taciteque promisit, se omnia illa præstiturum, quæ illius contractus natura secum fert: quæ qualia essent, vel scivit, ut dixi, vel scire debuit. Jam autem scienti & volenti non fit injuria neque dolus. *l. nemo videtur. 146. ff. inf. h. t.* & quæ ab initio sunt voluntatis, ea posteà fiunt necessitatis. *l. 5. sicut. C. de oblig. & act.* Accedit deinde, quod nisi hic mandatarius intervenisset, fortasse per alium res commodiùs & sine damno transigi potuissent, ut Cicero quoque significat *in d. loco Rosciana orationis.*

Atque hæc hactenus de obligatione *Mandatarij*, quomodo & quare is præter dolum & latam ac levem culpam etiam levissimam præstare teneatur. Quæri potest de *Mandatore*, an is quoque de levissima culpa teneatur? Et verum est, mandatorem de levissima culpa non teneri; sed sufficere si præstet dolum & latam ac levem culpam: ut docet Cujacius *Tractat. 8. ad African. per dict. l. 61. de furtis.*

Illud certum est, casum fortuitum in re mandata non præstari à mandatario, nisi hac conditione mandatum susceperit, ut ipsius periculo res esset. *l. 39. Et Aristo. ff. Mandati.* Ratio exceptionis est: quia sibi imputare debet qui pacto se obstrinxerit ad casum fortuitum, de quo aliàs non teneretur, utpote in nullo bonæ fidei judicio præstari solito. Sic & vice versa mandator non cogitur præstare mandatario casus fortuitos: v. g. si mandatarius dum mandatum exequeretur, fuerit spoliatus à latronibus, vel naufragio res amiserit, vel languore (id est morbo) apprehensus quædam erogaverit in medicos & pharmacopolas, &c. *l. 26. Inter causas. § 6. non omnia. ff. mandati.* Nec obstat, si quis dicat mandatario suum officium non debere esse damnosum. Respondendum enim, damnum illud fatale non ex officio sive mandati exequendi ratione vel occasione ipsi contigisse, sed potiùs vi aliqua majore & fortuito.

De modis denique mandati finiendi, ut de revocatione, de renunciatione re integra facta, & de morte alterutrius, sive mandatoris sive mandatarii, nihil hoc loco dicam, quia res plana est etiam ex *Instit. tit. de mand.* ubi & de officio mandatarii explicatur, quod scilicet diligenter custodire debeat, neque excedere fines mandati.

Reliquum est ut de Actionibus, quæ ex contractu & obligatione mandati dentur, videamus: quarum una dicitur *Mandati directa*, altera *Mandati contraria actio*: quæ etiam causa est cur ita conceptus sit titulus *in ff. & C. Mandati vel contrà.* Ferè autem ubi simpliciter *Mandati actio* in Legibus nominatur, ibi intelligenda est directa potiùs quàm contraria: nisi aliud circumstantiæ ostendant. Directa Mandati datur mandatori adversus mandatarium: Contraria Mandati (quæ & *contrarium judicium* appellatur, *in l. 12. si verò non remunerandi. §. contrario judicio. ff. Mandati.*) datur mandatario adversus mandatorem. Et di-

recta quidem aliàs etiam *principale judicium* vocari solet: quia scilicet ei datur, qui principaliter magis contraxit, sive cujus gratiâ potissimùm factus est contractus: v.g. qui mandavit sibi rem aliquam emi ab aliquo, habet actionem directam mandati contra eum qui mandatum suscepit, ad rem emptam consequendam, & quicquid circa eam factum est dolo culpavè, etiam levissima, ex quo damnum aliquod incurreret: Contrà is qui alteri rem emit ipsius mandato, habet actionem mandati contrariam, ad id, ut præstetur ipse indemnis: puta ut sumptus pro altero hoc nomine factos recuperet, & quidquid ex ea causa sibi abest: v.g. si sumptus fecerit in vecturas & itinera, &c. hæc omnia inquam ut à mandatore consequatur. *l.10. Idemq; §.9. Idem Labeo. ff. Mandati.* & *l.12. §. 9. si mihi mandaveris. eod. tit.* ubi etiam additur de usuris præstandis. Est enim hoc generale in omnibus bonæ fidei judiciis, ut ex mora debeantur usuræ. *l.32. ff. de usuris, cum similibus.* Si tamen convenerit, ut mandatarius de suo salario faceret sumptus, hos reputare vel repetere non potest. *d.l.10 § 9.* Facit hoc, pactum, quod legem contractui dedit, & foamavit actionem, ut suprà dictum. Non tamen semper necessarium est mandatario, ut contraria mandati actione experiatur, cum possit directâ mandati actione conventus reputare ac deducere sumptus, & tantò minùs solvere mandatori: atque ita per modum exceptionis sive retentionis jus suum servare & consequi: Quoniam cui damus actionem, eidem & exceptionem competere multò magis dicendum est, ut habet alia Juris regula. Videatur *d.§ 9. l.10.* Interdum ne datur quidem contraria actio mandati; sed ab una tantum parte mandati judicium redditur: quod accidit, quando is qui mandatum suscepit, egressus est mandatum, sive formam ac fines ejus migravit: Tunc enim ipsi quidem non competit actio mandati contraria adversus mandatorem, sed mandatori adversus ipsum directa competit. *l.41. potest. ff. mandati.* Ratio est, quia sibi imputare debet hoc damnũ, quod suâ culpâ sensit: debuit enim formam in mandato præscriptam servare, & fines mandati diligenter custodire, nec à formâ recedere, cum certum haberet mandatum: cumque excesserit fines ejus, aliud quid fecisse videtur. *l.5. diligenter.* & *l.46. si quis pro eo. ff. mandati. §. is qui exsequitur. Instit. eod. tit.* Nec obstat quod mandatum sit bonæ fidei, non stricti juris. Hoc enim pertinet ad naturam actionis, & ad officium Judicis in mandati judicio: minimè verò hinc inferendum est, quòd liceat mandatum in aliâ formâ exequi. Verum tamen usque ad competentem summam, quæ mandato comprehensa est, datur actio contraria, etiam illi qui excessit illam summam, v. g. vel fidejubendo, vel emendo. *l.4.* & *l.33 Rogatus. ff. mandati.* & *d. §. is qui exequitur. Instit. eod. tit.* Prævaluit enim hæc benignior sententia Proculianorum; abolitâ alterâ Sabinianorum, qui actionem omninò denegabant. Notabilis autem est differentia inter actiones istas, Mandati Directam & Contrariam: quod directa infamat (non minùs enim turpe est, condemnari mandati quàm furti, teste Cicerone *d. loco in orat. pro Sext. Roscio.*) Contrarium verò judicium non infamat. *l. 1. in verb. mandati non contrario judicio damnati.* & *l. 6. furti. §. ult. ff. de his qui notantur infamia.* & *§. ex quibusdam. Instit. de pœna temerè litigantium.* Rationem hujus differentiæ superiùs expo-

sui

fui *sub cap. 3. de deposito*: quia scilicet in judicio directo agitur de fide rupta, cujus pœna meritò est infamia. At in contrario judicio non agitur de fide ruptà, sed de calculo & indemnitate, sive de rationibus: quæ ferè judicio sive auctoritate judiciali expediri ac dispungi solent.

Porrò quid in utramque actionem veniat, sive ad quid vel illa vel hæc detur, diligentissimè explicatur à Joanne Oldendorpio *in class. Action.* à quo & libellorum & exceptionum formula peti potest.

Moveri hic potest elegans & utilis quæstio: Quoniam constat fidejussorem habere actionem mandati contrariam adversùs illum pro quo fidejussit: *§. si quid autem fidejussor. Instit. de fidejussorib. l. 10. Idemq;. §. 10. fidejussores & mandatores, cum seqq l. 20. Ex mandato, §. 1. l. 26. Inter causas. §. præterea. & l. 33. Rogatus. l. 53. qui fide. ff. Mandati.* quæ actio etiam heredi ejus datur. *l. 14. heredem. in pr. ff. d. tit.* quæritur, inquam, an fidejussor possit agere mandati etiam antequàm solverit? Quam quæstionem etiam frequentissimè agitari solere præter quotidianam experientiam testatur etiam Marcellus *in l. Lucius Titius 38. §. 1. ff. Mandati.* De hac quæstione videri potest Anton. Heringius Oldenburgius, condiscipulus quondam noster sub Borcholto, *in Tractatu suo absolutissimo de fidejussoribus, cap. 25. de Actionib. quæ dantur fidejussori. n. 6. 12. & multis seqq.* & Valentin. Francus *in tract. de fidejussorib. cap. 5. n. 558. cum multis seqq.*

Postremò observandus hic quoque est concursus affinium remediorum, sive plurium actionum. Primùm ergo concurrit cum actione mandati directà, etiam furti actio. *l. 22. si mandavero §. 7. si tibi centum. ff. Mandati.* v. g. dedi tibi centum, & mandavi ut illa dares meo nomine Titio. Non dedisti, sed consumpsisti me invito. Hoc casu non solùm Mandati actione possum te convenire, sed etiam furti: mandati quidem, ex contractu: furti autem ex tuo delicto, nempe quia meos nummos me invito contrectasti. Furtum enim est contrectatio rei alienæ invito domino. Concurrunt autem interdum contractus & delicta. Aliud est, si tibi dederim nummos, ut liceret dare alteri quæ velles. Nam tunc mandati tantùm, non etiam furti actio datur, quia non videris me invito contrectasse & consumpsisse meos nummos, sed me volente ac permittente. *d. §. si tibi centum. in d. l. 22.* Alterum concurrens & affine remedium est cognitio extraordinaria, qua petitur salarium alicui constitutum per pollicitationem. Sed hoc quale sit, jam satis intelligitur ex superioribus, quæ de salario diximus in explicanda mandati definitione.

CAPUT

CAPUT SEXTUM.

DE COMMODATO.

EX illis negotiis, in quibus præter dolum & latam culpam aliquid amplius præstatur, secundo loco hic ponitur *Commodatum* : in quo ex natura ejus diligentia quoque, id est, levissima culpa præstatur : Quod cum dicimus superiora quoque omnia includimus. Nam qui de levissima etiam culpa tenetur, idem procul dubio multoque magis de levi: & qui de levi, is procul dubio de latâ quoque culpa: & qui de hac, is etiam de dolo tenetur. Non est autem difficilis interpretatio Commodati, ut Ulpianus quoque fatetur *in l.1.§.1.ff. commodati.* præsertim cum jam antea nonnihil de eo attigerimus *sub cap.4. de precario.* ubi ostendi, quantum interesset, inter commodatum & precarium.

Hoc loco discernendum est ante omnia commodatum à mutuo. Etsi enim nonnulli fortè olim promiscuè hæc duo verba usurpârint : ut cum scribit Cornelius Fronto *in lib. de differ. vocabulorum : commodat pecuniam mutuam:* & Plautus *Aquam*, inquit, *hostis hosti commodat*: quomodo & vulgus hodie sæpè ista confundit : tamen in usu Juris accuratè hæc duo distinguuntur, plurimumque inter se differunt. Debemus autem potius ex arte loqui, quàm cum imperitis : & ubi distinctæ sunt res, ibi melius est etiam vocabula esse distincta : cum nomina debeant esse rebus consequentia & subservientia, utpote quæ sint notæ rerum : ut explicatur *in §. Est & aliud. Instit. de donat.* & *in §. Alio autem modo. Instit. quibus mod. test. infirm.* & *l 7. si idem. C. de codicillis. l. 2. in f. C. communia de legatis.* Sunt autem hæ præcipuæ differentiæ: Primò, Commodatum est bonæ fidei: sed mutuum est stricti juris. *§. Actionum. Instit. de Act.* Secundò differunt quoad materiam. Commodatum enim in rebus longè pluribus quàm mutuum consistit. Nam hoc in illis duntaxat est rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, quarum datione in creditum itur, & quæ in suo genere functionem recipiunt : ut loquitur Paulus : denique quarum usus nullus esse potest sine abusu, hoc est, nisi consumantur : ut sunt vinum, frumentum, oleum, pecunia numerata, seu nummi, & his similia. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. §. 1. Instit. quib. mod re contrah. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionibus. Agretius de Orthogr. proprietate ac differentia sermonis.* Sed commodatum est etiam aliarum rerum, quarum est aliquis usus salvâ manente earundem substantiâ : & quidem rerum non tantùm mobilium : ut vestis, supellectilis, equi, currus, servi, &c. sed etiam immobilium sive soli ; ut domus, ut fundi, sive agri. Repudiata est enim sententia Labeonis; existimantis, commodari tantùm res mobiles ; sed utendas dari posse æquè res soli atque mobiles : quam ille constituebat differentiam inter *commodatum* & *utendum datum* : ut hoc esset generale, sive latiùs patens, illud speciale. *l. 1. §. 1. ff. commodati.* Neque tantùm corporales res, sed etiam incorporales possunt commodari. *d. l. 1 §. in fine. ff. commodati.* v. g. habita-

bitatio, quæ est species servitutis: omnis autem servitus est jus quoddam, & omne jus est res quædam incorporalis, ut notum est ex principiis Juris. Tertiò differunt Mutuum & Commodatum, quod in illo transfertur dominium rei, quæ propria fit accipientis, ex quo etiam volunt dictum *mutuum*, quod de meo tuum fiat. *dict. leg. 2. §. Appellata est. ff. de rebus creditis.* & *initio tit. Institut. quibus modis re contrah. obligat.* In commodato autem non transfertur rei dominium, ac ne possessio quidem; sed utrumque manet penes commodatum. *l. 8. & l. seq. ff. commodati. §. Item is cui res. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* Ratio differentiæ est: quia commodatum potest habere aliquem usum, quamvis commodatarius neque proprietatem neque possessionem rei commodatæ adipiscatur. Sed rei mutuò datæ usus nullus esset sine abusu & consumptione: quæ proinde etiam præsupponit sive requirit, ut utens seu consumens rem, sit ejus possessor & dominus factus, ne scilicet videatur rem alienam consumpsisse.

Quartò, Mutuo licet uti pro arbitrio ejus qui accepit: Is enim dominus factus est rei mutuò acceptæ. Dominii autem pars non postrema hæc est, posse re sua uti prout voluerit. *l. 21. In re mandata. C. mandati. & Bartol. in definitione dominij.* Sed commodatarius non nisi certo modo uti potest re, quæ utenda ipsi data est, videlicet ad eum modum quem præscripsit is qui dedit. Unde etiam *commodatum* dictum voluit, quasi *cum modo datum*: Finem autem sive modum certum præscribere est illius qui utendum dat, ut eleganter Paulus *in l. 17. in commodato. §. 3. sicut autem. ff. commod.*

Quintò, Mutuum dantem oportet esse dominum: quia nemo plus juris in alium transfert quàm ipse habet. *l. 2. §. pen. ff. de rebus creditis.* Ergo qui non est dominus, non potest mutuum accipientem facere dominum. Sed commodantem esse dominum nihil est necesse; immò etiam rem alienam quam possidemus, commodare possumus alteri; etiamsi scientes alienam possideamus, id est, quamvis malæ fidei sit nostra possessio. *leg. 15. commodare. cum l. seq. ff. commodati*, ubi etiam fur & prædo utendum dare possunt.

Sextò, In mutuo reddenda est non eadem res sive species, quæ accepta est; sed alia ejusdem generis, naturæ, quantitatis & qualitatis sive bonitatis, etiamsi hoc non est disertè cautum in contrahendo. Nam si ita datum sit, ut eadem res reddatur, vel etiam ut aliud genus, puta pro tritico vinum, non erit mutuum, sed priore casu vel commodatum vel depositum; posteriore contractus innominatus, Do ut des. *leg. 2. & l. 3. ff. de rebus creditis. & §. 1. Institut. quibus modis re contrah. in verbis: quandoque non eadem res. leg. 1. §. 2. re contrah. ff. de obligationibus & actionibus.* In commodato autem eadem ipsa res reddenda est quæ fuit utenda data, non alia. *dict. §. item is cui res. in verbis: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Institut. quibus modis re contrah. dict. leg. 1 § 3. is quoque cui. ff. de oblig. & act.*

Septimò, Commodatarius non tenetur de casu fortuito, sed ab obligatione liberatur, si res absque ipsius culpâ perierit vel amissa sit casu vel vi majore. At

M verò

verò is qui mutuum accepit, etsi rem quolibet casu amisit, tamen obligatus manet, & reddere cogitur. *d.l.1.§.4.& ille quidem. ff. de oblig. & action. d.§. item is cui. vers. & is quidem. Instit. quibus modis re contrah. l.11. incendium. C. si certum petatur. l.4. in princ. l.9. §. ultim. D. de rebus creditis.* Ratio differentiæ non illa tantùm reddi potest, quia mutuum sit stricti juris; commodatum verò sit bonæ fidei: *§. Actionum. Institut. de Actionibus*, quo in genere nunquam præstantur, quæ fortuitis casibus accidunt. *l.5. C. de pigneratitia actione.* Sed hæc etiam, quia qui mutuum accepit, factus est dominus; qui verò commodatum, non est factus dominus, sed proprietas pariter & possessio remansit penes commodantem, ut suprà dictum. Jam verò unaquæque res, domini sui periculo est, & domino suo perit potiùs quàm alteri qui non est dominus.

Octavò; Commodans rem, obligatur commodatario vicissim: id est, mutua inter ipsos nascitur obligatio: At is qui mutuum dedit, non item. Dicam aliis verbis: Ex commodato nascitur ultrò citroque obligatio: ex mutuo autem ab uno tantùm latere oritur obligatio, nempe debitoris, qui mutuum accepit.

Nonò; Differunt denique Actionibus. Commodatum enim duas parit actiones: Unam videlicet Directam, alteram contrariam, ut infrà pluribus dicam: sed ex Mutuo una tantùm oritur actio, videlicet condictio certi ex mutuo: quæ alio nomine *Actio pecuniæ creditæ* appellari solet: eaque tenetur debitor qui mutuum accepit: contra creditorem verò nulla huic competit actio, utpote, qui non sit obligatus debitori. Est enim mutui obligatio unilatera, sive ut Græci eleganter vocant, μονόπλευρος, quemadmodum & stipulatio, ut explicat Joannes Borcholten *ad titul. ff. de verborum obligationibus.* Omitto illam differentiam; quod Græci etiam vocabulis distinguunt ista duo. Nam mutuum vocant δάνειον, præsertim si mutuum sit fœneratitium, seu pecunia fœnebris, unde δανειστὴς, & Latinè *danista*, fœnerator: Commodatum verò vocant χρῆσιν: tametsi propter inopiam linguæ hoc vocabulum etiam pluribus rebus attribuerunt. Atque hæc de differentiis nobilioribus, quæ sunt inter Commodatum & Mutuum.

Sed conveniunt etiam eadem in nonnullis: Ut primùm in genere proximo. Nam utrumque est contractus qui fit re, ut constat ex *l.1. ff. de obligationibus & actionibus.* & ex *tot. tit. Instit. quibus modis re contrah. obligat.* Secundò conveniunt etiam in fine. Nam in utroque versatur usus rei. Tertiò, utrobique hoc agitur, ut accipientis potiùs quàm dantis utilitates procurentur. Quartò, utrobique aliquid est reddendum: sed diversimodè: in commodato quidem res eadem quæ data fuit: in mutuo non eadem, sed alia, ex eodem tamen genere & ejusdem quantitatis & qualitatis, ut suprà dictum. Quintò, utrumque sui natura & per se est gratuitum: De Commodato quidem affirmat hoc Imperator

in §. item

in §. item is cui res. in fin. Institut. quibus modis re contrah. De mutuo quoque idem colligitur *ex leg. undecima, rogasti. §. 1. ff. de rebus creditis.* ubi si dedero tibi decem ut debeas mihi undecim, non amplius quàm decem condici possunt. Non enim contrahitur mutuum, nisi quatenus pecunia proficiscitur, sive quatenus numeratum vel datum fuerit. Nec obstat, quod mutuo potest accedere stipulatio usurarum, quo casu pecunia dicitur *fœnebris.* Nam id non est ex natura ipsius mutui, ex qua nihil nisi quod datum est, debetur; sed accedit extrinsecus, videlicet ex vinculo stipulationis, citra quod peti non possunt usuræ. *l. 3. C. de usuris.*

Porrò à Donatione quomodo Commodatum differat, satis manifestum est ex iis quæ suprà de precario diximus: nempe Donatio facit rem propriam donatarii. Est enim acquisitio dominii, ut habetur *in princip. tit. Institut. de donationibus.* Et ita quidem res ibi proficiscitur, id est, transit in accipientem, ut nullo casu revocetur, *l. 35. Senatus censuit. §. 2. sed mortis causa. ff. de donationibus causa mortis.* Commodatum verò non facit rem illius propriam qui utendam accepit, sed natura ejus postulat, ut quandoque restituatur. *dict. leg.* 8 & *l. 9. ff. commodati.* & *l. 1. § 3. is quoque. ff. de oblig. & act.*

Sed omissis jam Mutuo & Donatione, sicut & Precario, videamus de Commodato, quod jam satis superque ab illis separavimus, cum quibus cognationem quandam habere videbatur.

Regula ergo de iis quæ in commodato præstanda sunt, hæc esto: *Commodatum recipit dolum & culpam & diligentiam.* Quod ita evolvo: In commodato regulariter commodatarius præstare debet dolum, latam culpam, levem culpam, & levissimam culpam. Probatur hæc regula, & ejus explicatio, non solùm *in hac lege nostra,* sed etiam aliis multis locis, ut *leg. 5. §. nunc videndum. versicul. commodatum autem. & §. custodiam. & leg. decima octava, in rebus. ff. commodati. l. 1. §. 4. & ille quidem.* ff. *de obbligationibus & actionibus. §. item is cui. Inst. quib. modis re contrah. leg. 3. Custodiam.* ff *de periculo & commodo rei venditæ.* Ex quorum textuum comparatione inter se apparebit, promiscuè usurpari in jure nostro *exactam & exactissimam diligentiam,* cui levissima culpa opponitur: sic etiam *paterfamiliâs diligens & diligentissimus* pro eodem promiscuè usurpatur. Ubi non possum præterire silentio, insignem observationem Antonii Contii *ad hanc legem nostram. In rebus*, inquit, *quæ perfectionem significant non videtur admitti plus aut minus, aut aliquis comparationis gradus.* Quod deinceps Hebræi sermonis consuetudine eruditè probat: qui gradus comparationis non agnoscat. Nam *nec rectâ lineâ* (inquit) *rectior invenitur.* Ratio est, quare commodatarius etiam levissimam culpam præstet, quia commodatum plerumque continet solam utilitatem illius cui datur; non etiam commodantis.

d.l.5.§ nunc videndum.vers. commodatum autem. ff. *commodati.* Quantò igitur plus commodatario concessit is qui rem utendam ipsi dedit, tantò etiam arctiùs & ad plura æquum est obligari accipientem: & ut eleganter Delrio hic ait, *Cujus est omne emolumentum, ejus omne onus esse debet: arg. leg. secundum naturam. hoc titulo nostro.* Dices; Multum etiam is qui precariò rem concessit indulsit accipienti; & tamen qui precariò rogavit, tantùm tenetur de dolo, ut suprà dictum est, *sub tit. de precario.* Respondeo: Immò qui rem precariò concessit, minus indulget accipienti, quia potest revocare eam ad nutum suum, & pro arbitrio: id quod non potest facere is qui commodato dedit. Hic enim cogitur expectare donec impletus sit usus rei certus, ad quem concessa est: alioquin intempestivà repetitione, non tàm juvaretur commodatarius, quàm deciperetur beneficio: quod fieri non oportet. *leg. decima septima*, ff. *commodati.* & *capitulo unico, in fin. extr. de commodato.*

Videamus & alia quæ objici possint regulæ nostræ: tum exceptiones quasdam ab eadem: denique actiones commodati, directam & contrariam: & his affinia remedia sive concurrentes actiones cognoscamus. Objicitur ergo secundo loco, quod Justinianus *in Instit. quibus modis re contrah. obligat.* tantùm *exactam* diligentiam nominat in Commodato. Ergo non levissima, sed levis tantùm culpa in commodato præstanda est. Respondeo: Positivus ibi pro superlativo usurpatur: *exacta*, pro *exactissima*, sicut & in *leg. vicesima prima. C. mandati.* & *in leg prima*, ff. *de obligationibus & actionibus*, & aliis in locis. Est tamen etiam quando vice versa superlativus habet vim ac significationem positivi: ut in *leg. si merces.* §. *penultim* ff. *mandati.* Tertiò obstat quod in *leg quinta.§. nunc videndum. versicul. custodiam.* ff. *commodati*, dicitur, custodiam planè rei commodatæ etiam diligentem præstari debere. Sed eodem modo responderi debet: *diligentem* custodiam ibi pro diligentissimâ accipi, cui contraria est culpa levissima. Probo hoc loco simili: Paulus enim in *leg. vicesima quinta, heredes.* §. *non tantum.* ff. *familiæ erciscundæ*, cum vellet dicere, coheredem præstare coheredi levem, non etiam levissimam culpam, sic ait: *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres, &c.* & mox: *non tamen diligentiam qualem diligens pater familiâs*: ubi similiter *diligens* pro diligentissimo accipi debet, quod satis ipse contextus evincit. Quartò obstat, quod *in lege nostra*, qua parte agitur de commodato, tantùm fit mentio culpæ: Culpâ autem simpliciter nominatâ, intelligenda est levis, non levissima, ut suprà non semel dictum. Respondeo: Incivile est, de lege judicare non totâ lege inspectâ, sed particulâ duntaxat ejus arreptâ, *leg. incivile.* ff. *de Legibus.* & Apulejus elegantissimè in Apologiâ: Oportet enim etiam hìc spectare ea quæ sequuntur: [*In his quidam & diligentiam*:] scilicet *recipiunt* : quæ verba pertinent etiam ad commodatum: & significant in illo quoque levissimam culpam præstandam esse.

Sequun-

Sequuntur Exceptiones. Nam obliquando in commodato tantùm dolus præstatur: aliquando tantùm levis culpa, non etiam levissima: aliquando etiam casus fortuitus, omneq; periculum præstatur.

Primò, dolus tantùm præstatur his casibus: primum ex pacto, hoc est si ita convenerit inter contrahentes. *l. 5. §. interdum. ff. commodati.* Ratio est, quia pactum dedit legem contractui, & per id recessum est à communi ejus naturâ. Secundò, si commodatum fiat in gratiam & utilitatem commodantis; cum regulariter & utplurimùm fiat commodatarii tantùm sive utendum accipientis gratia. *d. l. 5. § interdum. & l. 12. si mei. ff. commodati* Exemplum est, si quis Sponsæ vel uxori suæ vestes commodaverit ultrò, non rogatus, ut scilicet tantò honestiùs culta ornataque in publicum prodiret, aut domum deduceretur. Aliud exemplum est, si Prætor ludos exhibiturus, vestes utendas dederit scenicis, ultrò non rogatus.

Secundò, culpa levis tantùm præstatur in commodato, his casibus: primùm si ita convenerit inter contrahentes *d.* §. interdum deinde, si commodatum utriusque gratia sive ad utilitatem communem utriusque, dantis videlicet & accipientis, factum sit. *leg. 18. in rebus. §. hoc ita ff. commodati. l 13. si cum venderet. §. venit autem. ff. de pignorat. act.* Exemplum est: Tu & ego cùm communibus sumptibus convivium instruxissemus, Sempronium communem amicum nostrum invitabamus ad cœnam; & ita partiti sumus operas, ut tu susciperes curam apparatus convivalis; ego argenteam supellectilem commodarem. Hic si quid per negligentiam tuam fuerit deperditum aut deterioratum sive corruptum, eatenus tantùm mihi teneberis, quatenus levis culpa intervenerit: de levissimâ verò non teneberis.

Denique casus fortuitus & omne periculum in commodato præstatur à commodatario. 1. si ita convenerit. *d. l. 5. §. sed interdum ff. commod.* 2. si culpa casum præcesserit, per quam factum fuerit, ut res periret: idque etiamsi levissima fuerit culpa *d. l. 5. § sed interdum. ff. commodati & l. in rebus 18. & l. ult. eod. tit. & cap. un. extr. de commod. ibidemq; gl. & l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act.* Exempli gratia si quis equum duxerit in bellum, quem ad alium usum acceperat, nempe, ut iter faceret per locum non hostilem, & equus perierit: de hac vi majore tenebitur certè commodanti. Sic si quis argenteam supellectilem, quam ad convivium domi instruendum acceperat, peregrè secum vexerit, & in latrones fortè inciderit: tenetur de hoc casu fortuito; ut est *in § item is cui res. in vers. si modò non ipsius culpa, & vers. alioquin.* Et meritò, cum ipse causam & occasionem huic rei præbuerit.

Ad hæc ergo tenetur, & hæc præstat in hoc contractu commodatarius. Queri potest ad quid teneatur is qui utendum dedit? Resp. is regulariter tenetur tantùm de dolo: idque ideò quia nulla ipsius utilitas hic vertitur, sed accipientis. *vid. l. 61. si servus meus §. circa commodatum. ff. de furtis*, quod & Antonius Delrio hìc rectè annotavit.

Actiones ex hoc contractu oriuntur duæ: Commodati Directa, & commo-

dati contraria. Directa datur commodanti, ejusque heredibus sive fuerit dominus rei, sive non, (potest enim & is rem utendam dare, qui non est rei dominus.) adversus commodatarium, qui rem utendam accepit, etiamsi fuerit pupillus vel furiosus, dummodò res apud eos salva extet: si sive unus sive plures acceperint: sed cum hoc discrimine, ut inter plures scindatur actio, ex jure novissimo, per *Nov.* scilicet, *de duobus reis*, nisi nominatim in solidum quisque se obligaverit: datur inquam ad restituendam rem cum accessionibus suis: item ad præstandum id quod interest commodantis, si forte res deterior fuerit reddita; item ut habeatur ratio damni ex eo dati, quod convenerit, ut res certo loco restitueretur, quæ tamen eo loco non fuerit restituta: item ad repignorandam sive luendam rem à creditore, si ab hoc fuerit data, ut posset eam commodatarius pignori dare suo creditori: Item interdum ad cedendam actionem adversus creditorem, qui factâ sibi solutione recusat restitutionem pignoris. Contraria commodati datur commodatario, ejusque heredibus adversus commodantem, ejusque heredes: cum ad recuperandas impensas in rem commodatam factas: (dummodò sint majores & necessariæ: nam si minores, puta sumptus cibariorum, vel ad voluptatem aut ornatum facti, pertinent ad commodatarium, qui eas impensas repetere non poterit, quia & utilitas ad ipsum rediit.) Tum ad id, quod interest commodatarii, rem commodatam non fuisse intempestivè ablatam ante expletum usum: vel rē non fuisse vitiosam, cùm id vitiū nō esset ignotū cōmodatori, ignorante cōmodatario; Tum deniq; ad repetendum à cōmodatore vel rem cōmodatam, vel pretium ejus, si cōmodatarius rei commodatæ deperditæ pretium sive æstimationem præstiterit commodatori, & posteà res ad eum aliunde pervenerit, vel etiam si ab ipso commodatore fuerit res surrepta. Nam periniquum sanè foret, simul & pretium rei, & rem ipsam à commodatore retineri: qui hac ratione locupletaretur cum alterius jactura. Horum omnium plenior explicatio unà cum Legum fundamentis, potest peti ab Oldendorp. *class. 14. act. 15.*

Cum his actionibus commodati, Directâ & contrariâ, concurrunt & aliæ: ut primum, actio furti: Secundò, actio Legis Aquiliæ de damno injuria dato. Tertiò, actio ad exhibendum. Quartò, rei vindicatio. Quintò, condictio sinè causa. Quibus Sexto loco accedat remedium compensationis: quæ est quasi exceptio quædam. De singulis quàm brevissimè eodem ordine dicam.

Primùm *Furti actio* concurrit cum directa commodati, si commodatarius aliter fuerit usus re, quàm quorsum data erat. *l. 5. §. quinimo. ff. commodati. l. qui furtum ff. de condict. furt. l. qui jumenta. & l. si is qui. l. qui re l. si pignore. ff. de furtis. & §. furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex del. nascuntur.* Quod tamen hanc recipit limitationem, ut extra crimen sit, si quis credat, dominum facilè permissurum, si sciat, ut etiam ad alios usus res conferatur. *§. placuit. Instit. d. tit. & d. l. qui re. ff. de furtis.* Ratio hujus limitationis est, quia hic deest affectus furti faciendi, sinè quo furtum

non

non committitur. Deinde dixi concurrere hîc etiam *actionem Legis Aquiliæ*. Nam si commodatarius rem commodatam sua culpâ, (aliud est si damnum sit fatale, absque culpa contingens.) fecerit deteriorem, potest non solum directâ commodati, sed etiam actione damni injuriâ conveniri, ad illius damni emendationem. *l. in rebus. 16. §. sive autem & l. unde quæritur. ff. commodati.* Tertio, datur commodatori adversus commodatarium etiam *actio ad exhibendum*, cujus mentio fit *in l. 1. §. ultim.* ff. *d. tit.* quæ actio solet esse præparatoria actionis in rem sive rei vindicationis. *tot. tit. ff. ad exhibend.* Quarto, *Rei vindicatio* datur commodatario, qui conventus & condemnatus directo commodati judicio, æstimationem rei solvit, quæ res posteà apud ipsum commodantem est reperta. *arg. l. 63. si culpa. ff. de rei vindicatione. vid. Oldendorp. d. loco.* Neque verò solùm commodatario hæc actio datur contra commodantem in casu jamdicto; sed etiam commodanti adversus commodatarium: argumento eorum quæ supra tradita sunt, de deposito. Quintò datur eidem commodatario eodem casu etiam *condictio sive causa*, ad repetendam pecuniam sive æstimationem: *argument. l. 2. ff. de condict. sine causa.* Postremò quod de *remedio compensationis* dixi, habetur *in l. in rebus. § ultim. ff. commodati.* Potest enim commodatarius directa actione commodati conventus compensationem objicere actori eidemque commodatori: Cui non obstat *l. ult. C. commodati.* Nam de ea supra egimus *sub cap. de Deposito*: ubi vide.

CAPUT SEPTIMUM,

DE EMPTO VENDITO,
sive
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

SEquitur alius contractus, in quo præter Dolum & Latam culpam aliquid amplius præstatur, nempe Levis culpa; non tamen etiam levissima, multoque minùs casus fortuitus.

Principiò autem observanda est differentia Emptionis & venditionis à cognatis quibusdam negotiis, uti sunt ista Quatuor 1. Permutatio. 2. Locatio-conductio. 3. Mancipatio. 4. Donatio, præsertim reciproca sive mutua.

A *Permutatione* quidē differt Emptio vēditio, primùm in eo; quòd Permutatio est cōtractus incertus, sive innominatus, sed Emptio-venditio est nominatus sive certus cōtractus, & quidē recentior permutatione. Nam ab illa, ut antiquiore, originem sumsit, teste Paulo *l. 1. ff. contrah. Empt.* 2. Quòd Emptio venditio perficitur

ficitur solo consensu, ut notum est ex *Instit. t. de obl. quæ ex consens.* & in *pr. t. d. Empt. & vend.* Permutatio verò non nudo consensu perficitur, sed traditione rerum ultrò citroque factâ. *l. 3. C. d. rer. permut.* 3. Quid in permutatione utrinque versatur res, & res datur pro re, ita ut dici non possit, utra sit alterius pretium, & utra sit merx; in Emptione a. hæc duo sint distincta, merx & pretium. Ab una enim parte est merx, ab altera verò pretium, & quidem pretium certum, consistens in nummis seu pecuniâ numeratâ. *l. 1. ff. de Contr. Empt. & l. 1. ff. d. rer. permut. l. emptionem. C. eod. t.* 4. Quòd permutans cogitur rem dare; sed vendens cogitur tradere: id est, venditor in Emptorem non cogitur transferre dominium rei venditæ, hoc enim est *dare* in usu Juris §. *sic itaq;. I. de action & l. ubi 75. ff. d. V. O.* Sed liberatur ab obligatione, si tradat Emptori vacuam possessionem, id est ab alio non turbatam, nec occupatam, & si præstet *habere licere*: (quamvis & dominium transeat in Emptorem per consequentiam, non directò, si Venditor fuerit Dominus.) & re evictâ sive per alium jure ablatâ Emptori teneatur venditor de evictione, sive de auctoritate. *tot. tit. D. & C. de Evictionibus.* Sed qui rem permutat cum alio, dominium ejus transfert in accipientem, sive dominum eum facit. Unde & Quinta sequitur differentia: nempe quòd res aliena vendi quidem potest; at permutari non potest. Nemo enim dominium, quod ipse non habet, in alium transferre potest, *argum. l. nemo plus. inf. h. t. nost.* VI. Deniq; effectu quoque differunt, qui in actionibus cernitur. Nam Emptio venditio parit actionem Empti & venditi: quarum utraque est bonæ fidei: & altera datur venditori adversus Emptorem; altera competet emptori adversus venditorem, ut multis docetur *sub tit. d. Act. empt. & vendit.* Et præclarè Joh. Oldendorp. *in class. action. forens.* post Johan. Petrum Ferrar. *in formul. libellorum.* Novissimè quoque hanc rem Giphanius accuratâ disputatione persecutus est. *in disput. Ingolstadii habita, me Respondente Anno M. D. XCI.* Sed ex permutatione nascitur actio planè diversa, quæ tamen & ipsa est bonæ fidei, ut habetur *in §. actionum. I. d. Action.*

Alterum Emptioni & Venditioni vicinum & cognatum negotium, est *Locatio-conductio*: & quidem adeò, ut ei proxima esse & magnam familiaritatem habere cum ea, iisdemque Juris regulis consistere perhibeatur *in l. 2. ff. Loc. cond.* Quod etiam ex Caio repetit Justinianus §. 1. *J. d. Locatione & conduct.* Veruntamen, quia nullum simile est idem, hi quoque contractus inter se differunt. Nam in Locatione non agitur de re ipsa in accipientem transferenda; ut fit in Emptione venditione: sed tantùm de usu rei, pro quo datur merces, sicut in Emptione pro re ipsa datur pretium. Hinc est, quod res locata, v. g. domus, hortus, ager, servus, equus, vestis, &c. non fit accipientis propria, non enim inter contrahentes hoc agitur, neque est hæc natura istius contractus. *l 65. convenit. ff. d. contrah. empt. l. 39. non solet. ff. Locat.* Tametsi uno alterove casu speciali in Locatione quoque proprietas transferatur; ut exemplum est in *l. 22. item si pretio. §. cum insulam.* & in *l. 31. ff. jam d. t. Loc.* Sed res vendita fit Emptoris propria: siquidem venditor fuerit Dominus rei: nam alioquin tantùm usucapiendi conditio in Emptorem.

ptorem bonæ fidei transfertur. Præterea Actionibus quoque differunt, quod per se est manifestum. *t. t. ff. d. Act. empt. & vendit. & t. t. Locati Conducti:* Item *d. §. actionum. Inst. d. Actionib.*

Tertiò dixi cum Emptione & venditione habere cognationem quandam etiam *Mancipationem*. Nam & hæc est imaginaria quædam venditio, teste Caio, apud Boethium *in comm. Topic. Cicer.* Ea interveniebat olim in actibus quibusdam solennibus, ut in emancipationibus liberorum, item in testamenti ordinatione, ut explicatur *in Instit. tit. quib. mod. Jus patr. pot. solu. & §. 1. Inst. d. testam. ordinand.* Differunt tamen plurimum: Quia venditio est verus contractus: sed mancipatio est actus legitimus potiùs, quàm verus contractus: & imaginaria tantùm venditio, ut modò dictum est. Taceo nunc, quòd mancipatio in desuetudinem abierit: cum venditio remanserit in usu, eàq; nihil sit crebrius.

Donatio denique, quantum à venditione differat, adeò est evidens, ut penè supervacuum sit, hoc admonere. Nam donatio est Liberalitas, & gratuitum quiddam, etiamsi fuerit remuneratoria, multoq; hoc est evidentius in mera & propria donatione. Sed in emptione & Venditione non versatur liberalitas, sed negotium feritur, quippe cum pro re detur pretium. Ideoq; Emptio & Venditio est contractus: sed donatio separatur à contractu, in *l. Aristot. ff. d. Donat.* & ibi novissimè hoc monet Giphanius *in commentar.* Præterea Donator non tenetur Donatario de evictione, si res donata fuerit fortè aliena, & per dominum ejus vindicata sive ablata à Donatario, nisi evictionem stipulanti promiserit. *l. 2. Cod. de Evictionib. Paulus libr. 5. Sentent. tit. xi. §. 5.* Sed venditor Emptori tenetur præstare evictionem. *t. t. ff. & C. d. evict.* & quidem etiam tunc, quando evictionem expressè non promisit. ut Impp. Alexander rescripsit *in l. 6. non dubitatur. C. d. Evict.* Nam quæ sunt moris & consuetudinis, ea in Bonæ Fidei judiciis debent venire, etiamsi lingua non fuerint nuncupata, ut est elegans text. *in l. 31. quod si nolit. §. quia assidua. ff. d. Aedil. edict. & Cicer. in 3. d. Offic.* Rationem a., quare donator non possit de evictione conveniri, quam non promisit, reddit, Paulus *lib. 5. sent. t. 11 de Donation. §. 5.* ubi vide & Cuiacium.

Constitutis ad hûc modû differentiis, quibus Emptio & venditio à cognatis negotiis discernitur, jam non erit difficile eam definire. Est enim *contractus, solo consensu factus, de merce Emptori à venditore tradenda* (Idem intellige in persona heredum) *& precio certo venditori ab emptore dando in nummis seu pecunia numerata.* Explicatio hujus definitionis traditur *in Instit.* indeq; huc assumi & repeti potest, ut non sit necesse in ea hìc immorari Tantùm observetur memorabilis differentia inter obligationem venditoris & Emptoris. Hic enim tenetur nummos facere accipientis proprios: at ille (venditor) obligatur tantùm ad tradendû rem venditam; non etiam ad dandum, ut dominium in Emptorem transferat: tametsi per consequentiam etiam emptor, cui res tradita est, statim fiat dominus illius, si & venditor fuerit dominus, ut est elegans text. *in l. ex empto. 11. § 2. & in primis. ff. d. action. empt.* Ubi etiam Gotofred. videatur. Hoc ita receptum est propter libertatem commerciorum, quæ non parùm impediretur, si priùs anxiè de Jure venditoris esset disquirendum, an etiam penes illum sit rei vendendæ dominium:

quod dominiũ sæpè est difficilis probationis. Accedit huc, quod nihil impedit, quò minùs etiã rem alienã liceat habere, ex eaq; fructus percipere, quàm diu res possidenti à verò domino non aufertur. Sed longè alia est conditio nummorũ, in quibus consistere debet pretiũ in hoc contractu §. *pretium*, *a. Inst. d. Empt. & vendit.* Accursius & Bartolus hanc quoq;; reddiderunt differentiæ rationẽ, (quam etiam Gothofredus retulit & probavit, *ad d. l. 11. d. Act Empt. & vend.*) Quia venditor est debitor speciei; emptor est debitor Generis: & proinde ille gravius oneratur, quàm iste. Cum igitur magis gravetur in uno, quòd scil præstare tenetur certam rem, & eam ipsam, quam vendidit, non aliã ejusdem generis (hoc. n. est *esse debitorem speciei*) meritò putetur relevandus in altero, ut non cogatur rem dare, id est, facere emptoris, quod esset alterum onus multò etiam majus & gravius. Sed quid est *Generis debitorem esse?* Nihil aliud, quàm non debere certos aliquos nummos, sive corpora nummorũ, v. g. quæ sunt in illo vel in illo sacculo inclusa, quæ sunt in illa vel illa arca (hoc. n esset speciẽ certam debere, sive certa individua, ut vocant Logici.) Sed in genere tot vel tot nummos debere. Quæ etiã causa est, quare incendium, vel similis casus fortuitus, ære alieno non liberet debitorem. *l. 11. incendium C. si cert. petat.* ubi post alios Gothofr. quoq; hoc notat. Ratio est, quia debet Genus, perire non potest.

An verò venditor præcisè teneatur Emptori rem ipsam tradere, an verò liberetur præstatione ejus, quod interest, antiqua est & difficilis controversia: de qua diligentissimè omnium explicat Giphanius *in commen. ad l. 4. C. d. Act. empt. & vend.* & in *disput. de eod. argum. habita Ingolstadii Anno 1591.*

Sed omissis in præsentia pluribus, quæ de contractu hoc dici possent; id, quod hujus legis proprium est, videamus: quid scil. ex natura ejus sit præstandum, sive quid in eum veniat, quid recipiat hic contractus. Regula hæc est: *Venditum recipit dolum & culpam*: sive ut hoc paulò explicatiùs dicamus, *in venditione hæc præstanda sunt, dolus & lata culpa, ac levis culpa*: ut hîc & convenit. *§. cum. a. Inst. d. Empt. & vend. in verbis, quicquid sine dolo & culpa venditoris* accidit, in eo venditor securus est. Item convenit *l. 35. quod sæpè. §. 4. ff. d. contrah. empt. in verb. talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus pater famil. suis reb. adhibet: quam si præstiterit. & tamen rem perdidit, securus esse debet.* Quibus verbis describitur à Caio diligentia quædam media, opposita culpæ levi, nec aliud dicitur, quàm hoc: venditorem ultra levem culpam nihil amplius teneri præstare. Similiter Alphenus in *l. pen. ff. d. peric. & commod. rei vend. si venditor*, inquit, *eam diligentiam adhibuisset in custodiendâ insula, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset infortunii, nihil ad eum pertinere*: h. e. Venditor ultra culpam levem præstare nihil cogitur. Atq; ita etiam intelligendum est, quod scribit Ulpianus in *l. 14. in pr. ff. de Furt.* dummodò custodiam præstet venditor ante traditionem, periculum rei ad emptorem pertinere. Hoc ergò teneamus firmiter: Perfectâ Emptione (quando. a. perfecta censeatur, ex Institutionibus notum est) venditorem in re venditâ & nondum traditâ, tantùm præstare dolum, (sub quo semper in contractib. comprehendimus etiam culpã latam, quæ luxuriæ aut dolo proxima esse dicitur *in l. pen. ff. d. incend. ruin. naufr. & aliis. plurib. in legibus*

gibus

gib. quas supra adduxi, & levẽ culpã; non etiã levissimã. Ratio est, quia in hoc contractu utriusq; contrahentium utilitas versatur, venditoris quidẽ, ut consequatur pretium pro re, quæ ei super erat, sive qua abundabat: Emptoris verò, ut rem sive mercem, quâ indigebat, habeat. Nam ob hoc inventa est emptio venditio, ut id quod alteri superest & nobis deest, cõparemus, sponsore velut interveniente nũmo, propter faciliorem cõmerciorũ rationẽ: ut eleganter explicatur ab Arist. *in* 5. *Ethic.* & à Paulo *in l.* 1 ff. *d. contrah. empt.* Jam verò in talib. negotiis dolus & culpa præstatur, id est culpa levis, non etiã levissima, *l.* 31. *in navẽ. vers. nam in re, quæ utriusq; causa &c.* ff. *Locat. & l.* 5. *si ut certo* §. *nunc videndũ. vers. sed ubi utriusq;. ff. cõmodat*: Ubi Ulpianus disertè talib. etiã annumerat Emptũ. Dicitur. a. (ut hoc obiter admoneã) nunc concisè *Emptũ*, nunc *Venditum*, pro eo, quod erat plenius *Emptum venditũ*, vel *Venditum emptũ*. Nihil. n. hic interest, ab utro correlativorũ incipias: cum semper uno posito, necesse sit poni & alterũ: v. g. posito empto, necesse est poni & venditũ, alioquin fieret illud Plautinũ; *Emis antequam ego vendã*, quod est absurdũ. Si levissimã quoq; culpã à venditore exigeremus, fieret ipsi injuria: quia plus oneris, quàm lucri sentiret: sin a. ne levẽ quidẽ culpã præstare teneretur venditor, tum culpa illius noceret alteri, quod & ipsũ iniquitatis plenũ foret, ut eleganter explicat Mart. Antonius Delrio *ad hanc l. nostr. cap.* 9. *in fin.*

Aliquando tamen fit (quæ est notabilis exceptio à regula.) ut venditor dolum malum duntaxat præstet; non etiam culpam levem: nempe si emptor sit in morâ accipiendi rem, id est si venditore parato rem tradere (sicut ad id tenetur secundum superiùs dictâ) emptor recusaverit accipere, atq; ita per emptorem steterit, quò minus rem habeat. Ita tradidit Paulus *in l.* 5. *si per emptorem steterit*, & Pomponius *in l.* 17. *illud sciendum. ff. d. pericul. & commod. rei vend.* Ubi etiam quærit: Quid juris sit, si uterq; moram adhibuerit, tam venditor sc. quàm emptor? Et respondet, posteriorem moram cuiq; nocere: reprehensâ sententiã Labeonis, qui volebat moram per utrumq; adhibitam emptori potiùs nocere, quàm venditori. Contra Pomponius docet, fieri posse, ut venditori noceat, non emptori: quod tunc accidit, quando venditor posteriùs fuerit in mora. Huc pertinet regula Juris Canonici, quâ dicitur, *mora sua cuilibet est nociva*, *c.* 25. ubi videatur Dynus & P. Peckius, de Regulis Juris in sexto.

Superiora tunc locum habent, quando perfecta est venditio. *l. 1 l.* 4. *cum duabus seqq. C. d. peric. & commod. rei vend.* Quando. a. perfecta sit aut dicatur venditio, diligenter explicatur à Caio *in l.* 35. *quod sæpè.* §. 5. *in his, quæ pondere. &c. ff. de contrahend. empt. & in l.* 8: *necessario. ff. d. pericul. & commod. rei vend.* juncto *princ. t. Inst. d. Empt. & vendit.* Donec igitur imperfecta est venditio, v. g. dum pendet dies, vel conditio; si res vendita sit in diem vel sub conditione, non potest emptor esse in morâ, sed venditoris tota est culpa, adeò ut etiã præstare debeat id, quod per levissimam ipsius culpam acciderit, & tantum excusatus sit ab eo, quod fatali damno sive casu fortuito vel vi majore contigerit *l.* 2. §. 1. *& l.* 3. *custodiam.* ff. *d. pericul. & commod.* ubi Paulus scribit, venditorem præstare debere talem rei custodiam, qualem præstant, quibus res est commodata, & diligentiam exactiorẽ, quã in rebus suis adhiberet, quibus verbis levissimam procul dubio

culpam significat: hanc enim supra diximus à commodatario præstandam esse. Et præstat venditor levissimam quoq; culpam non semper neq; indistinctè & quovis casu(alioquin hoc repugnaret superiori regulæ, quâ dictum est, eum non nisi levem culpam præstare.) Sed tunc quando nondum est perfecta venditio, puta, cum vinum ea lege venditum est, ut admetiretur, si quid ante diem admetiendi factum sit: Idemq; est etiam in aliis rebus, quas solemus admetiri, imò etiam, quas annumerare & appēdere. *d.l.quod sæpè 35.§.in his quæ pondere.ff.d.contrah.empt.* Neque hic ulla fit injuria venditori: nam sibi debet imputare, & de se ipso conqueri, qui sic vendiderit, cum posset aliter sibi consulere.

Prætereà etiam is venditor omne periculum præstare debet, quamvis ex levissima ipsius culpa processerit (non tamen ex casu fortuito) qui custodiam rei venditæ in se recepit, (expresso sc. pacto) & promisit emptori, usq; ad traditionem. *§. cum.a.vers.quod si Inst. d.empt.& vend.* Ratio posita est in vi pacti seu conventionis.

Sed quia in rebus, quæ pondere, numero & mensura constant aliquid peculiare, & major quædam difficultas est, quàm in cæteris rebus; faciendum omnio videtur, ut de his seorsim explicetur, per necessarias distinctiones ex ipsis legibus desumptas. Sunt a. hujusmodi res, v. g. vinum, oleum, frumentum, argentum, & similia, quorum alia appendimus, alia annumeramus, alia admetimur in vendendo. In talibus igitur rebus ita distinguendum est. Vel venduntur illæ res aversione, vel non. *Aversione* sive *per aversionem* ea dicuntur *vendi* ab Ulpiano *in l.4.si quis vina.§.1. & 2. ff.d.pericul.& commod.rei vend.* quæ universaliter uno pretio venduntur, quasi cumulatim & acervatim, quantæ & quotcunque fuerint, quod Græci vocant ἀθρόως, Germani, vber haupt verkauffen. Ita explicat Caius *in d.l.35.§.in his quæ pondere.& §.seq.ergò & si grex.ff.d.contrah.empt.* Modestinus etiam vocat *rem in aversione emptam, in l.62. qui officii. §.f.ff.eod.tit.* & videatur de hac formula Cuiacius *lib.8.Observat.cap.15.Item in Notis ad Instit.t.d.Empt.& vendit.* *Non aversione vendi* res dicuntur; quando non uno pretio venduntur, sed singillatim, puta pretio statuto in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti: denique in singula corpora sive capita gregis annumerata. *d.l.35.§.in his quæ pondere.* Atq; hæc distinctio apertè etiam indicatur ab Alexandro Imp. *in.l.2.C.d.pericul. & comm.rei vend.* Ubi separat venditionem, in qua singulæ amphoræ vini certo pretio constituto veneunt, ab illa, in qua universum, quod in horreis positum erat, sine mensura venit. Similiter etiam Locatio duobus istis modis fieri potest: nempe, ut vel aversione opus faciēdum locetur, vel ut in pedes vel mensuras merces præstetur: quæ est distinctio Florentini *in l.36.opus.ff.Locati* & Africani *in l.præced.eod.t.* & indicatur etiam à Javoleno *in l.51.ea lege.§.1 ff.eod.t.*

Videamus primùm de rebus per aversionē venditis. Secundò de rebus, quæ non per aversionem venduntur, quid tam in his, quàm in illis sit Juris, quò ad periculi præstationem. Igitur, si res *per aversionem* venierint, id est aceruatim uno pretio omne vinum, omne oleum, omne frumentum. &c. quantumcunq; fuerit, simul atq; veniit, si nihil convenit de gustatione vini, vel de periculo præstando, periculum

culum in emptorem transit, utpote statim perfectâ emptione & venditione per consensum de pretio & merce. *d.l.35.quod sæpè.§.in his. & l.62. qui officij.§.fin.ff. de contrah.empt.& l.4 § si aversione.ff.de pericul.& com.l.2.§. Cum autem.C.eod. tit.* Idemque dicendum est, si convenerit, ut vinum non degustaretur, (quod tamen rarò fit, & difficile est, ut quis ita emat.) Veruntamen, si quis ex magna fiduciâ erga venditorem sic emat sine degustatione, periculum statim erit emptoris. Si verò aliquid, (ut plerunque fit,) de gustatione facienda inter emptorem & venditorem convenerit; siquidem ut intra certum diem emptor gustaret, non poterit cogi, ut ante illius diei adventum gustet; nam dies præstitutus meliorem facit conditionem emptoris. *l.4.§ 1.in fin ff.de pericul.& com.rei vend.* Sin autem simpliciter, id est, nullo præfinito die, poterit emptor, quandocunque volet, degustare. Utroque autem casu ante degustationem periculum pertinebit ad venditorem. Ratio est, quia hic videtur esse venditio conditionalis, quasi sub hac conditione facta, si gustata merx placuerit emptori. *arg.d.l.35.§.5.in his.in fi.ff.de contrah.empt.* Jam verò conditionalis venditio non potest dici perfecta, quamdiu conditio est in pendenti: hæc enim est natura & vis conditionis appositæ, ut suspendat actum *§.sub conditione.I. de verb.obl.* Et conditionales venditiones tunc demùm perficiuntur, cum impleta fuerit conditio, ut eleganter docet Ulpianus *in l.7. hæc venditio.in pr.ff.de contrah.empt.* Sicut etiam in heredum institutione. *l.1.ff. de condit. instit.* Illud tamen, quod dixi, de peculio ante degustationem pertinente ad venditorem, videtur hanc limitationem recipere, nisi Emptor fuerit in mora, cum esset admonitus de degustatione faciendâ. Mora enim sua cuique debet esse nociva, ut suprà dictum, ex *l.15.si vina.ff.de peric.& com.rei vend.* Quod etiam Delrio *hic* admonet.

Secundò: Si *non per aversionem* venditum sit, v. g. vinum, oleum, &c. sed certo pretio in singulas amphoras, vel singula dolia, nominatim constituto, siquidem aliquid convenerit de periculo, id servabitur, sive ad mensuram, id est, ut admetiatur vinum, sive non ad mensuram venierit. Si nihil convenerit, & res venierit ad mensuram, id est, eà lege, ut admetiretur: periculum spectabit ad venditorem usque ad tempus admetiendi. Nam ante non videtur perfecta venditio, sed propè est, quasi res nondum venisset. Si non ad mensuram, id est, absque pacto admetiendi, res venierit, periculum erit venditoris usque ad tempus degustationis, quia tum demum plenissimè videtur venditum, cum fuerit degustatum. Videatur *l.1.ff.de per.& comm.* juncta *l.2. C. eod. t.* & tabella, quam fecit hac de re Marc. Anton. Delrio *ad h.l.n* Quid si Emptor signaverit vasa vel dolia? videtúrne facta traditio, ita ut jam periculum sit emptoris? Putabat hoc quidem Trebatius, sed reprehensus est à Labeone, cujus sententiam magis probat Ulpianus in *d. l.1.* quia obsignatio non tam solet fieri in hunc finem, ut res per eam tradatur, quàm ne quid submutetur. Ratio differentiæ, cur, inquam, periculum vini per aversionem venditi statim sit emptoris, postquã de pretio convenit, nec pertineat ad venditorẽ usq; ad tempus degustationis, sed altero casu singulis doliis vel amphoris venditis suo pretio, venditor sustineat periculum usque ad degustationem; hæc reddi po-

test: Quia rarò solet degustare is, qui per aversionem emit, sed contentus esse plerunque rebus qualescunque fuerint, bonæ, malæ, mediocres, &c. Qui verò vinum ad mensuram emit, id est, per amphoras, vel dolia singula, is plerunque non sine gustatione emit. Illud quoque probè notandum est; *periculum*, de quo agitur, sub *tit. de peric. & comm. rei vend.* intelligendum esse, ut plurimùm de tali periculo & damno rei, quod ex naturali vitio illius procedit, ut est v. g. mucor, vel acor, item effusio in vino; non autem de damnis aut periculis aliis, quæ non ex rei natura, sed extrinsecus casu aliquo fortuito, vel fatali damno seu vi magnâ accidunt: hujusmodi namque damna ad emptorem spectant, postquam de pretio convenit, etiam pendente adhuc conditione, in venditione conditionali. *l. 10. si in venditione. & l. seq. ff. de peric. & comm. l. 5 C. eod. t.*

Sed huic sententiæ valdè obstare videtur *l. 33. si fundus. vers. nam etsi vendideris. ff. Locati. & l. 12 lectos, cum duabus legib. sequentib. ff. de peric. & comm.* ubi disertè scriptum est, periculum pertinere ad venditorem, v. g. si fundus fuerit publicatus, priusquàm vacuus traderetur, & venditor tenetur casu hoc, ex empto. *d. l. 33.* similiter vẽditoris erit periculũ lectorũ, quos cõcidit Ædilis, cũ in via publica positi essẽt, si neq; traditi sint emptori, neq; in mora fuerit emptor, quò minus traderentur. *d. l. 14. quod si. in pr. ff. de peric. & com. rei vend.* Respondendum est: cùm dicitur, periculum rei venditæ casu peremptæ ante traditionem, pertinere ad venditorem: & tamen alibi dicitur, idem esse emptoris: utrumque verum est, sed diverso tamen respectu & modo. Nam venditoris quidem est periculum eo respectu, ut pretium rei peremptæ neque exigere possit ab emptore, & jam exactum atque acceptum reddere cogatur repetenti. *dict. l. si fundus. 33. ff. Locat. & argum. l. f. ff. de condict. causa dati, causa non secuta.* Emptoris autem periculo res est, si ante traditionem casu aliquo fortuito fuerit perempta, eatenus & hoc respectu, quòd non potest convenire venditorem ad præstandum id quod interest ipsius pluris, id est, ultra pretium rei, rem habere licere. *d ict. l. 33. vers. quod hactenus. ff. Locat.* Pretium, inquam, vel retinet, si nondum solvit venditori, vel repetit ac recuperat, si jam dedit, Sed quod ultra pretium sua fortè interest, rem habere, id non consequitur. Sæpè autem fit, ut plurimum intersit emptoris, rem habere potiùs, quàm ejus pretium: quod interesse quia non potest emptor petere à venditore: idcircò dicitur ad ipsum quoque spectare periculum rei peremptæ ante traditionem. *Videatur Cujacius tract. 8. ad Africanum.* Dices: Immò & pretium amittit hoc casu emptor, non tantum id, quod interest, non consequitur. *§. ult. Inst. de empt. & vend. & l. 8. de peric. & comm. rei vend. & l. fin. C. eod. tit.* Respondeo: Hos textus loqui de stricto jure: sed Africanum *in dict. l. 33.* respondere de æquitate. Stricto, inquam, jure emptor etiam pretium perdit: sed ex æquitate id retinet vel recipit ac salvum habet, re peremptâ. Ita Cujacius & Gothofredus hos textus conciliant: quos & Henricus Bocerus sequitur.

Rursum quæret quispiam, cur periculum agrorum seu prædiorum, partim distractorum, partim pro præmio assignatorum militibus veteranis, ex præcepto Imperiali, alibi negatur pertinere ad venditorem, qui nihilominùs possit pretium prædio-

prædiorum illorum petere, ut respondit Paulus *in l. Lucius Titius. 11. ff. de evict.* Dicendum est, hoc ideò ibi fieri, quia traditio prædiorum jam facta fuerat emptori, ut rectè ibi observavit Cujacius post Azonem. Si distractio illa & assignatio fuisset facta ante traditionem, tum verò ad venditorem pertinuisset periculum, nec pretium illorum prædiorum petere potuisset. Nunc autem, quia illi casus acciderunt post contractam emptionem, ut loquitur Paulus *in d. l. 11.* id est, post eam traditione consummatam, periculum dicimus esse emptoris; ita ut cogatur & re & pretio carere. Johannes tamen, antiquus Glossator, ita conciliabat *d. l. 11.* cum *l. 33. ff. Locati.* ut diceret, *in d. l. 11.* fundum esse publicatum ex delicto & culpa emptoris, ideoque hujus esse periculum; sed *in d. l. 33.* publicationem esse factam ex delicto venditoris. Quam solutionem retulit Accursius *in d. l. 11.* post alteram solutionem Azonis; quæ Azonis procul dubio est verior & melior.

Dictum est de venditione quid in ea præstetur. Quia verò Permutatio cum venditione magnam habet similitudinem; ideò quæ de venditione diximus, eadem etiam videntur præstanda in Permutatione, *arg. l. 2. Aristo. ff. de rerum permut.* Diversum est in æstimatoria actione, in qua etiam casus fortuitus videtur præstandus. *l. 1. §. fin. ff. de æstimator. action. & l. 5. sicut certo. §. & si fortè. 3. ff. commod.*

De Actionibus empti & venditi, & de affinibus remediis videri possunt classes Oldendorpii, & Giphanius *in disput de his actionibus Ingolstadij habitâ*, quam suprà quoque non semel laudavi: adirique potest Donellus *in Comment. juris civ.* Nos hic in explicatione illarum immorari, nimis longum & quodammodo alienum foret. Illud summatim admonendum est: Ex contractu Emptionis venditionis duas præcipuas oriri actiones: unam *venditi*, sive *ex vendito*; alteram *empti*, sive *ex empto*: quarum illa datur venditori adversus emptorem, ad consequendum præstandumque inprimis rei pretium venditæ, & ad usuras ex mora, & si quos sumptus in rem venditam fecerit ante traditionem, ut eos recuperet: denique ad implendum & præstandum id, de quo inter contrahentes convenit, vel quod fert natura hujus contractus. Altera datur emptori contra venditorem, inprimis ad rem tradendam, sive ut liceat emptori rem habere, sive vacuam ejus possessionem. Quod si evicta fuerit, ad præstandam autoritatem (unde sæpè in Jure pro venditore *autor* usurpatur. *ff. & C. t. de evict. & alibi.*) Venit etiam in hanc actionem id, quod interest emptoris rem habere, item id, quod in conventionem est deductum. Utraque autem harum actionum est in persona (utpote ex contractu) & est bonæ fidei, & directa sive principalis, & datur tàm heredibus, quàm contra heredes. Plenior horum omnium explicatio ex dictis Interpretibus petatur. Videatur etiam *l. 11. ex empto.* & *l. Iulianus, 13. §. ex vendito. ff. de Act. empti.*

CAPUT

CAPUT OCTAVUM.

DE PIGNORE.

PIgnus quoque est eorum numero Contractuum, qui fiunt ad utriusq; utilitatem, ut mox intelligetur. Quocirca rectè & ordine fecit Ulpianus, cum vendito statim subjecit pignori acceptum, docens, quid in eo sit præstandum. Quod priusquam cognoscamus, initiò pauca sunt præmittenda, & primò quidem de vocabulo; tùm de differentia pignoris & hypothecæ: & denique quotuplex sit pignus.

Ad Vocabulum quod attinet (ab hujus enim interpretatione ordiendum esse Ulpianus quoque nos monet, suo & præcepto & exemplo *in l* 1. *ff. de reb. credit. si cert. pet.*) pignus à pugno appellatum est, si Cajo credimus in *l.* 238. *plebs est.* §. 2. *pignus. ff. de V.S.* quia scil. res, quæ pignori datur, manu traditur, & pignus propriè est rei mobilis. Dn. Giphanius in *Tractatu de pignorib.* derivabat pignus ab antiquo verbo *pigneo*, quod ait significasse necto vel firmo; cujus *rei fides penes autorem sit*. Ego id nusquam legi. Duæ autem sunt hujus verbi notiones. Nam interdum usurpatur pignus de ipsa re, quæ creditori datur securitatis causa. Sic dicitur passim debitor dare pignus, & creditor accipere pignus; item vendere vel distrahere pignus. §. *f. in f. quib. mod. re contrah. oblig. in verb. qui pignus accepit.* & *l.* 8. *si necessarias.* §. *si annulo. in verb. acceperim pignus. ff. de pignerat. act.* sic *in l.* 6. §. *f. in verb. qui dederit pignus.* §. *item Serviana. vers. nam pignoris. Inst. de Actionib. t. t. ff.* & *C. de distr. pignorum*: & *plurimis alijs in locis.* Aliàs pignus usurpatur de contractu, qui re fit, ut *d.* §. *fin. Inst. quib. mod. re contrah.* & *l.* 1. §. *creditor. ff. de oblig.* & *act. l. solutum.* §. 2. *si quasi daturus, in verb. ob quam pignus contract. ff. de pignerat. act. l.* 1. §. *fin. in verb. rectè pignus à muliere contra*: *ff. de pignorib.* Atque ita etiam *in h. l. nostra* verbum pignoris accipiendum est, ut apparet satis ex principio legis.

Secundò diligenter discernendum est pignus ab hypotheca. Neque enim frustrà hæc duo separantur in ipsa inscriptione. *tit. de pignorib.* & *hypothecis*, tàm in C. quàm in D. ut etiam in aliquot seqq. titulis. & à Papiniano *in l.* 2. *ff. de pignor. in verb. qui pignora vel hypothecas suscepit.* Etsi enim, ut Martianus ait, inter pignus & hypothecam tantùm nominis sonus differt, *l.* 5. *res hypothecæ.* §. 1. *ff. dict. t.* (nempe quia alterum sit Latinum, alterum Græcæ originis, sed usu tamen factum Latinum, ut sunt multa alia ex Græcia in Latium traducta nomina, de quibus alibi ex professo tractatur.) tamen hoc Imperator rectè restringit & limitat *in* §. *item Serviana. Instit. de Actionib.* quantum scil. attinet ad actionem hypothecariam: quam quidem etiam ipsius Martiani mentem fuisse apparet satis ex inscriptione *d. l.* 5. quæ sumpta ex libro singulari Martiani ad formulam hypothecariam. Nihil aliud autem est formula hypothecaria, quàm actio hypothecaria, quæ etiam Quasi Serviana dicitur *in d.* §. *item Serviana. Inst. de Actionib.* Dicitur etiam utilis

Ser-

Serviana *in l.1.C.communia de legatis & fideicom.* In hac, inquam, actione sive quò ad hanc, nihil interest, sive pignus sive hypotheca inter creditorem & debitorem fuerint contracta. Hinc non sequitur, ergò nulla prorsus est differentia inter pignus & hypothecam: Committitur enim hic fallacia, quæ vulgò appellatur à dicto secundùm quid ad dictum simpliciter. Immò in aliis rebus differentiam inter hæc duo esse, fatetur ipse Justinianus *d.loco in §.item Serviana.* Differentia autem inter pignus & hypothecam non est una: I. differunt toto genere. Nam pignus est contractus, & quidem ex eorum genere, qui re fiunt. *§.fin. Instit. quib.mod.re contr.& l.1.§.creditur.ff.de oblig.& act.* Hypotheca verò non est contractus propriè loquendo, sed est pactum, sive nuda conventio; quæ Jure prætorio sustinetur, ut & ipsa pariat actionem. *l.4.contrahitur.ff.de pignor.l.17.si tibi decem.§.2.de pignore.ff.de pactis.& l 33.non solum.§ qui pignori.vers.planè.ff..de usucap.* II. Pignus propriè dictum est, quando res simul traditur creditori à debitore; sed hypotheca propriè significat rem, quæ sine traditione tenetur nuda conventione. *dict.§. item Serviana.vers.nam pignoris.Instit.de Action.* Horum prius dicit Guntherus *lib.8. Ligurini vers.595.Vadio dare*; posterius *Vadio supponere.* Galli quoque lingua sua materna *Vuadium* appellant, procul dubio à Vade. Nam fidei optimus vas est res pignori nexa: quod rectissimè monuit Cujacius *in Paratitl. Cod. ad tit. de pignorib.& hypothecis.pag.642.* III Hinc sequitur, quod pignus possidetur à creditore, & quidem quoad omnes alios effectus, tantùm exceptâ causâ usucapionis. *l.36.qui pignoris causa.ff.de acquirend.vel omitt.poss l.13.pignori.& l.16.servi nomine.& l.33.non solùm.§.qui pignori. ff.de usucap.l.pen. §.creditor.& ibi Accursius in verb. possessor.ff. qui satisdare cog l 35.cum & sortis. §.1.ff. de pignerat. actione.* adeò, ut creditor videatur possidere per debitorem illo quoque casu, quo debitor conduxit pignus à creditore. *l.res pignoris.37.ff.de acquir.poss.d.l.non solùm.33 §. fin.ff.de usucap.* Sed hypothecæ possessio manet penes debitorem, qui tantùm nudo pacto rem obligavit, non etiam tradidit creditori. *l.si rem alienam.9. §.propriè. ff.de pignorat.act.* IV. Differunt quoad actiones. Nam ex pignore oritur actio tàm in personam, quàm in rem: ex hypotheca verò tantùm oritur actio in rem. Quæ ex pignore datur actio in personam, ea vocatur actio *pignoratitia* (& interdum *judicium pignoratitium.*) estque duplex: directa, quæ datur debitori, & contraria, quæ datur creditori. Utraque est civilis, & bonæ fidei. De hac agitur *t. t. ff. & C.de pignorat.act.* Quæ verò ex pignore datur actio in rem, vocatur *vindicatio pignoris.l si fundus.16.§.in vindicatione.3.ff.de pignor.* Dicitur etiam *persecutio pignoris* in *l.pignoris.17.eod.t.* Vocatur & *hypothecaria,* & *q.Serviana,* & *utilis Serviana.d.§.item Serviana.Inst.de act.& d.l.1. C. communia de legat.* Præterea pignoratitia actio utrinque, uti dictum, est bonæ fidei; sed hypothecaria est stricti juris, vel arbitraria, ut rectè monet Ant.Contius *hìc.* V. Differunt etiam præstationibus. Nam in pignore creditor cogitur præstare dolum & culpam, videlicet levem: sed in hypotheca, id est, pignore non tradito, sed tantùm conventione constituto, creditor tantùm de dolo tenetur, sub quo etiam lata culpa comprehenditur, non levis: custodiam verò rei nullam præstare cogitur, ut idem Contius *hìc* admonet, & post eum M.Ant. Delrio. Sed hoc infrà pleniùs explicabitur. Illud

autem commune habet pignus & hypotheca, quod utriusque obligatio est accessoria. *l. 4. contrahitur. ff. de pignoribus. in verb. propter aliquam obligationem*, intellige principalem, perinde ut & fidejussoria obligatio accessoria est. *l. 1. & l. 6. §. fin. & l. 16. fidejussor. §. fidejussor accipi. 3. ff. de fidejussorib.* Ex quo sequitur, ubi nulla sit principalis obligatio (si non civilis aliqua & efficax ad agendum, quæ producit actionem, saltem naturalis, cujus alii sunt effectus, licet actionem non producat, ut compensatio, ut retentio, ut impedimentum condictionis indebiti, item constitutum & novatio, &c.) ibi neque accessoriam obligationem pignoris vel hypothecæ validam aut utilem esse posse, quia accessorium sine principali non subsistit. *l. cum principalis. h. t. de R. I.* & *cap. accessorium.* ubi Dynus, Peckius & alii, *de R. I. in 6.* Præterea in eo conveniunt, quòd quæ res pignori dari nequeunt, in illis nec hypotheca constitui potest. *l. 11. si is qui bona. §. fin. ff. de pignor.* ubi exemplum affertur in juribus sive servitutibus prædiorum urbanorum, quæ nec pignori dari possunt, nec hypothecâ obligari: qua de re ibi post veteres videatur Gothofredus. Deniq; conveniunt in eo, quòd statutum loquens de pignore, etiam de hypotheca intelligendũ sit, & vice versa. *Neguz. in tr. de pig. p. 1. n. 8. & 9.* quod & Wes. probat *in π. ff. de pig. & hyp. n 3.* tametsi cõtrariũ senserit Bar. *in l. si rẽ. § propriè. ff. de pig. act.*

Nunc tertio loco videndum est, quotuplex sit pignus. Ideò autem hoc in loco necessaria est explicatio divisionis, ut tantò rectius intelligatur regula nostra de præstationibus, sive ad quid in uno quoq; pignore præstandum creditor obligetur, neq; enim in quovis genere una eademq; est præstatio, sed alia atq; alia.

Pignus primâ divisione aliud est *privatum*, aliud *publicum*. *Privatum* est, quod privatæ tantùm rei causâ & inter privatos cõstituitur, sine autoritate publicâ. *Publicum* est, quod constituitur interveniente autoritate publica, sive id fiat rei privatæ sive publicę causa. Deinde pignus privatũ subdividitur in *conventionale* & *legitimum*, quod alii vulgò vocant *legale*. *Conventionale* pignus est, quod cõventione contrahentiũ constituitur, eaq; vel expressâ vel tacitâ, sive quod ex conventionib. & pactis hominũ nascitur, ut loquitur Imp. *in l. 2. C. de prat. pig.* Huc referri potest etiã *pignus testamento constitutum*, quando sc. testator rẽ aliquã creditori suo pignori esse jubet. Exẽpla sunt in *l. 26. non est m. rũ. ff. de pign. act.* & in *l. Lucius Titius. 12. ff. de alim. legat.* Ubi patronus libertis suis proponitur legasse cibaria & vestiaria annua, pro ijsq; prędia sua pignoris jure obligasse. Videatur etiã *l. 9 fundus. ff. de ann. legat.* & *l. 8. cum hi. §. si uni 15. in fi. ff. de transf.* Nã in his quoq; pignoribus testamẽtariis versatur conventio, & consensus duorũ vel pluriũ, nẽpe testatoris & heredis & legatarii vel legatariorũ. Sicut. n. testamẽti factio à voluntate dependet testatoris, ita etiã aditio hereditatis à voluntate heredis, & agnitio legatorũ à voluntate legatariorũ pendet. *Legitimũ* pignus est, quod cõstituitur lege & ipso jure, id est, sine facto hominis. Sic uxor habet obligata omnia bona mariti, pro dote illata. *l. un. §. & ut plenius. C. de rei uxor. act. l. assiduis. in fi. C qui potior in pig hab. l 29. ubi & l. 30 in rrb. C. de jur. dot. § fuerat. I de act. vers. sed etiam tacitam.* de quo & infrà nonnihil attingendũ erit *cap. X. ubi de Dote.* Sic pupilli obligata habẽt bona suorũ tutorũ, & adolescentes curatorũ. *l. 20. pro officio. C. de adm. tut.* de quo *sub cap. XI. de Tutelis.* Sic liberi pro bonis maternis tacitas habent hypothecas in quibusdam

busdã certis casib. in bonis patris. *l.8.si quis prioris.§.f. C.de sec.nupt.l.6. cum oportet. C.de bon.quæ liberis.* Sic legatariis & fideicommissariis ipso jure obligantur bona testatoris pro conservandis & consequendis fideicommissis vel legatis. *l.1. Cod. communia de legat. & §.1.vers.nostra autem constitutio. Inst. de legat.* Plura exempla videri possunt *in t. In quib causis pignus vel hypoth. tacitè contr.* & ibi Hotom.

Publicum pignus est, quando vel rei judicatæ exequendæ causa pignus capitur, vel cõtumaciæ coërcẽdæ. Exẽpla sunt in *l.9.si ex causa judic. in pr.ff.de min.25.an. l.3.§.1.ff.de reb.cor.qui sub tut.l.1.l.2.& tt. C si in causa jud.pig capt.sit. §.quib.conſtit.I.de satisd.tut.vel cur.* ubi pignorib. captis coërceri jubẽtur tutores & curatores, si nõ satisdẽt, rẽ pupilli salvã fore. Sic *l 1.§.3.quid ergò.ff.de ventr.in spic.* duo recensentur remedia prætoria, quib. cogitur quis in Jus sive ad Prætorẽ venire, & ad interrogata respõdere, nẽpe ut vel pignora capiantur & distrahãtur, vel ut mulctâ coërceantur Primum, inquã remediũ est pignoris capio: Alterũ est mulctæ dictio. Atq; his remediis olim solebãt & Senatores Rom coërceri, qui in senatũ venire sine justa causa recusassent, teste Cic. *lib.3.de Ora & Phil.altera.* Huc pertinet quoq; pignus *prætoriũ*, quod cur privatis annumeret Delrio, causã nullã video. Est aũt *pignus prætorium*, quod cõstituitur missione in possessionẽ, puta legatorũ servandorũ causa, vel dãni infecti. *l.3.§.1.ff.de reb.cor.qui sub tut.vel cur.d.l.nõ est mirũ.26.ff. de pig.act.l.1.ff.quib.ex caus.in pos.eat.l.12.misso.ff pro emptor.* ubi disertè dicitur pignus prætoriũ, quando legatarius in possessionẽ missus est, quod etiã habetur *in l.3. C.ut in pos.leg.&c.& tit.C.de præt.pig.* Est a. notabilis differẽtia inter pignus *Prætoriũ* & *Conventionale:* quod prætoriũ nõ aliter constituitur, quã inductione in rem ipsã, id est, nõ nisi post jussũ magistratus etiã in poss. ventũ fuerit: sed cõventionale etiã absq; inductione. Quod discrimen rectè animadvertit Accursius *ad l.2.C.qui pot.in pig.* Est & alia differẽtia inter pignus Conventionale & Prætorium, quod in prætorio tantùm præstatur dolus. *l.9.prætor ait.§ Est præterea.ff.de Reb.autor.jud. possid.* In convẽtionali verò dolus & culpa, ut mox explicabo. Rectè hoc admonuit Ant.Cõt. ex *d.l.9.prætor ait.§.5.est præterea.* in qua lege fundus est hujus differẽtiæ.

Quæritur hic: Idẽne sit pignus *judiciale* & *prætoriũ*, an verò differant? Et verius est, propriè loquẽdo, differre: ita, ut Prætoriũ sit pignus, quod cõstituitur ex decreto prætoris, quo quis in poss. missus est: Judiciale, quod cõstituitur ex causa judicati, cũ quis à judice ex sententiã in poss. mittitur. *Accurs.in gl.l.2. in verbo inducti.C. qui pot.in pig.* ubi sub finẽ addit, etiã prætoriũ pignus posse dici judiciale: quod idẽ etiã repetit ex Azon. *ad l.2.C.de præt pig.* Sed de horũ duorũ differẽtiis plura videri possũt apud D.Vultej. *lib.1.Jurispr.Rom.c.34.* & ap. Giph. *in com.de Divis.juris.*

His ita præmunitis deinceps videamus & excutiamus regulã, quæ ex textu legis nostræ aliisq; locis sumi potest talis: *Pignori acceptũ recipit dolũ & culpam.* Sensus hic est: Creditor, qui pignus sibi traditũ accepit, ex naturâ hujus contractus obligatur debitori, ad præstandum dolum malum, latam culpam, & levem culpam. De levissima verò culpa nõ tenetur, multoq; minùs de casibus fortuitis, seu vi majore. Idẽ dicitur non tantùm *hic* ab Ulpiano, sed etiã ab Imp. *in § fin. Instit. quibus modis re contrah oblig.* & ab eodem Ulpiano *in l. 5. §.nunc videndum. vers.sed ubi ff.commod.* & *in dict.l.9.§.est præterea.ff.de rebus autorit. judic. poss. item in l.13. si*

*cum venderem.§.fin.*cum *leg.seq.ff.de pignor.action.* Ubi ait Ulpianus: *Venit in hac actione* (*pro in hanc actionem* : more veterum, qui sæpè pro accusativo uti solent ablativo: Et *Actionem* hic intellige pignoratitiam directam) *& dolus & culpa,ut in commodato,venit,& custodia,vis major non venit* : & subjungit Tribonianus ex Paulo *in l.14. Ea igitur,quæ diligens paterfam.in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.* Quibus verbis excluditur levis culpa, quæ à creditore abesse debet. Rursus idem Ulpianus *in l.25.si servos.eod.t.* scribit, creditorem præstare dolum & culpam: eaq; duo non pati, ipsum negligere rem pigneratam. Consentit Paulus *in l.30.qui ratiario,in fin.in verb.culpam duntaxat ei præstandam,non vim majorem. d.t.de pignor.act.* Consentiunt etiam rescripta Impp. Alexandri, Gordiani & Philippi *in l.4.5.6.7.C.de pignor. act.*ubi creditor non aliter tenetur, quàm si culpa vel segnitia aliqua ipsi imputari possit: Si,inquam,culpæ reus deprehendatur:alioquin periculum amissorum pignorum sive quæ fortuitis casibus accidunt, ad ipsum minimè pertinere dicuntur. Denique congruit cum his omnibus rescriptum Diocletiani & Maximiani *in l.19 sicut.C.de pignor.* ubi creditor cogitur exhibere dolum & culpam: sed vim majorem præstare non habet necesse.

Quæri potest, An eadem regula valeat etiam in hypotheca? Respondeo: Non aliter valet, quàm si possessionem ejus nactus fuerit creditor. Nam si nudâ tantùm conventione res obligata teneatur, nec possessio fuerit ipsi tradita, creditor de dolo tantùm tenetur, nec ullam custodiam pignoris non traditi debet, cum vix locum hìc habeat aliqua culpa.

Ratio regulæ, cur inquam, creditor regulariter ultra culpam levem nihil præstet, hæc est, quia pignus datur utriusque gratiâ, & debitoris & creditoris. Debitoris quidem, quò magis ei credatur pecunia. (Sæpè enim non possumus vel ab amicis nostris, ne dum ab aliis, impetrare mutuũ, nisi oppositis pignorib. Tanta est hominũ avaritia & perfidia & diffidentia: quò allusit Martialis, hoc epigrammate:

Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis:
Idem, cum pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali,
Credis colliculis arboribusq; meis.

qua de re & Seneca alicubi conqueritur.) Creditoris autem, quò magis ei in tuto sit creditum. Plus enim est cautionis in rem, quàm in personam, ut habet regula Juris *in l.25.h.t* & tutius est, rei incumbere (sicut licitum creditori incumbere suo pignori, quoad sibi fuerit persolutum *l.fin.vers.licet.C.de prat.pign.*) quàm in personam agere. Fieri namq; potest, ut inanis sit actio personalis, quam excludat inopia debitoris. *l.6. Nam is nullam.ff.de dolo malo.* Jam verò in contractibus utriusq; utilitatem respicientibus præstatur dolus & culpa: ut jam notum est, *ex dict. l.5. §. nunc videndum.vers.sed ubi utriusque.ff.commodati.*

Ex his facilè refelli potest ratio dubitandi, quæ esse poterat: Immò pignus creditoris causâ tantùm dari, ut sc: ipsius securitati consulatur. Deinde creditorem habere spem, quod pignus ipsius proprium aliquando fieri possit, nempe si debitor in solutione cesset. *t.t. C. de jure dominij impetrando.* Ex quo dicendum videbatur, creditorem etiam de culpa levissima teneri. Sed hoc negandũ est, quòd

pignus

pignus detur ad solius creditoris utilitatem. Datur enim ad ultriusque commodum, ut disertè scribit Imp. *in d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Deinde creditor accipit pignus, non tam spe dominii, aliquando in eo impetrandi, quàm metui damni, in quod in cursurus esset, si debitor non solvat. Ut taceam nunc, quod non statim dominium pignoris impetrari potest à creditore, sed potiùs aliis vendendum est. *t. t. de distr. pign.* ff. *& C.* Illud autem pacisci planè prohibetur à Jure, ut debitore non solvente, pignus creditori sit commissum, daß jhm das Pfandt verstanden sey, quod vulgò appellant *pactum legis commissoriæ*, & *Judaicum*, prohibitum à Constantino Magno *in l. fin. C. d. pact. pign.* de quo aliquid dixi etiam *in partit. jur. Feud. lib. 1. cap. xi. Quæst. 4.*

Exceptio regulæ una & altera notari potest. Prima est *in l. 5. quæ fortuitis. C. d. pign. actione.* ubi periculum casuum fortuitorum in pignoribus pertinet, ad creditorem, si inter contrahentes hoc placuerit, hoc est, si tale pactum fuerit interpositum, inter creditorem & debitorem, ut amissis pignoribus debitor liberaretur. Ratio exceptionis posita est in vi pacti: quo effici potest, ut creditor de casu fortuito & vi majore teneatur, de quibus aliàs regulariter non teneretur. Sibi enim imputet, qui sic pactus fuerit, Cùm posset non pacisci, sed jure uti communi. Altera exceptio est: nisi culpa casum præcesserit. Exemplum habemus *in l. 30. qui ratiario. ff. d. pign. act.* ubi creditor, qui pecuniam mutuam dederat ratiario, hoc est ei, qui ratem in flumine exercebat, debitore ad diem præstitutum non solvente, ipso invito ratem eius suâ autoritate detinuit, præstat periculum ratis, quam flumen fortè auctum abstulit. Hoc enim generale est, ut ubicunq; casum & vim maiorem præcessit culpa, hanc præstare debeat is, cuius fuit illa culpa præcedens, quæ occasionem præbuit illi damno subsecuto. *Gail. lib. 2. obs. 21. n. 3.*

Addunt quidam & tertiam exceptionem: nisi pignus datum sit soliùs creditoris gratiâ, nempe ut is pecuniam suam in tutum redigeret, sive benè collocaret; paratus, etiam sine pignore pecuniam credere amico roganti, tunc enim volunt, eum etiam levissimam culpam præstare debere, quam putant significari per vocabulum *custodiæ*, in *l. 13. si cum venderet. § f. ff. de pignor. act.* & in *l. 19. sicut C. d. pignoribus.* Ita Cuiacius *lib. 19. Obs. c. 24.* eumque secutus noster amicus Clariss. Henricus Bocerus *ad hanc legem*: Quam sententiam non improbat etiam Anton. Delrio. Sed hæc exceptio est juris Controversi. Nam alii putant, aliter responderi posse ad dd. ll. Et quidẽ quod attinet ad *d. l. 19. C. d. pignor.* aiunt, ibi *custodiam* poni non pro exactissimâ, sed pro exactâ diligentiâ, sive mediocri, quæ opponitur levi culpæ: quasi dicerent Impp. creditor præstare debet culpam non tantùm in omittendo, sed etiam in committendo sive faciendo; vel, ut clariùs dicam, non tantùm in pignore non debet esse negligens, verùm etiam oportet, ut sit diligens: quorum posterius custodiæ verbo exprimitur ac requiritur. Secundò: quod attinet ad *d. l. 13. §. 1. ff. d. pignor. act.* ubi ait Ulp. in pignoratitia actione directa venire & dolum & culpam, ut in commodato: venire & custodiam; de *custodia* quidem eadem est solutio, quæ ad *d. l. 19.* De illis autem verbis; *ut in commodato.* &c. sciendum est, non hoc velle JCtum, quasi utrobique exæquari debeat gradus culpæ, & par in utroque præstari culpa; tanta, inquam, in uno quanta in altero

contractu, ut, ſicut in commodato, præſtatur eſſe leviſſima culpa: ita etiam in pignore præſtetur leviſſima. Hanc mentem illorum verborum non eſſe, apparet ex *l.* 14. mox ſequente, ubi ea exiguntur à creditore, quæ diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtare ſolet. Quòd ſi leviſſimam culpam etiam creditor præſtaret, debebat Paulus dicere, ea ab ipſo exigi, quæ diligentiſſimus paterfam. præſtare ſolet in rebus ſuis. Taceo nunc alia plura loca ſuperius adducta; ex quibus item luce meridianâ clariùs apparet, ultra levem culpam nihil exigi à creditore. Oportet autem nos in legibus interpretandis ita verſari, ut Leges Legibus concordemus, ad vitandã *ἀντινομίαν*. Idẽ ferè ſenſit Ant. Contius cum ait, comparationem pignoris cum commodato *in d. l.* 13. non per omnia veram eſſe: item cuſtodiæ duo eſſe genera, unam eſſe plenam cuſtodiam ſive diligentiſſimam: alteram levem ſive mediocrem: quo modo diſtinguitur *in l.* 2 *ff. d. peric. & commodo rei vend.* Et vocabulum cuſtodiæ ſimpliciter prolatum accipi pro diligentiâ mediocri ſive mediâ & levi: item plus eſſe diligentiam quàm cuſtodiam. Idem Contius aliam quoque annotat Græcorum Interpp. diſtinctionem, qui *ad l.* 14. *ff. d. furt.* putant, creditorem ad aliud teneri ante ſolutum pignus: ad aliud verò poſt ſolutum. Ante quidem, debere eum præſtare diligentiam exactiſſimam, & qualem commodatarius præſtat, adeò ut etiam furtum præſtet, quod diligẽti patrifam. fieri negatur: poſt ſolutum pignus tantùm levem culpam. Hoc enim caſu pignus non ut pignus, ſed ut depoſitum apud creditorem manere. Sed hanc diſtinctionem utpote nullis legibus fundatam, meritò repudiandam cenſeo, & ſuis autoribus relinquendam. Quanquam.n. nonnihil videtur patrocinari Græcorum ſententiæ *l.* 15. *creditor. ff. d. pignor. act.* ubi creditor pignus reddens debitori, dicitur repromittere debere de dolo, ibiq; nihil additur de culpa, multò minùs de leviſſima: tamen dicendum eſt, diverſam eſſe quæſtionem, quid in redditione pignoris creditor repromittere debeat, aliud verò eſſe, quærere de eo, quid omninò præſtare debeat creditor in pignore & quam ſpeciem culpæ. Ad priorem quæſtionem Ulpianus reſpondet, Dolum duntaxat repromittendum à creditore pignus reddente debitori: De poſteriore v. quæſtione nos hic tractamus. Repertus eſt etiam, qui *in d. l.* 13. mutare auderet diſtinctionem, & illa verba (*ut in commodato venit & cuſtodia.*) diceret includenda parentheſi. Quâ mutatione non eſt opus, neque ea recipienda videtur, contra fidem & conſenſum librorum.

Dixi hactenus, quid in Pignore præſtet creditor debitori. Quæri autem poteſt etiam de *debitore, quid is præſtet creditori*? Hæc quæſtio decidenda eſt *ex l.* 61. *ſi ſervus.* §. 1. *&* §. *quod ſi ſciens. ff. d. furt.* nempe debitorem in pignore dolum duntaxat & latam culpam præſtare, ſi quid ſcil. in dando pignore admiſerit. Videatur Cuiac. *tract.* 8. *ad Affrican.* item Ant. Delrio & Henr. Bocerus *hîc.* Exempla ſunt *in d. l.* 61. *de furt.* ubi debitor tenetur, ſi ſervus pignori datus furtum fecerit creditori: ſed diverſimodè tenetur. Nam ſi ſciens ignoranti furem dederit pignori, tunc cogitur damnum præſtare omnimodò; id eſt detracta noxæ deditione, in ſolidum ſolvere: ſin autem ignorans; tum pignoratitia actione contraria conventus, habet facultatem relinquendi hominem pro noxæ deditione, nam ignorantia quodammodò ipſum excuſat, argumento *l.* 16. *tutor.* §. 1. *ff. d. pignor. act.* Aliud exemplum

emplum eſt in debitore, qui pignori dedit æs pro auro, vel rem alienam ſciens, vel alteri oppignoratam, vel etiam publicè obligatam. *l. 1. §. f. & l. 16. tutor. §. 1. ff. d. pignor. action.* qui quidem etiam ſtellionatus crimen committit, quod extra ordinem punitur, *dd. ll.* junctâ *l. 2. ff. ſtellionatus.*Teruntamen ab hoc crimine excuſat ignorantia. *d. l. 16. §. 1.* nullum enim crimen ſine dolo committitur, dolus autem ab ignorante abeſt.

Reſtat poſtremò, ut etiam de ACTIONIBUS, quæ Pignoris nomine dantur, pauca admoneamus; itemq; de concurrentibus ſive AFFINIBUS REMEDIIS.

Initiò autem diligenter diſcernenda ſunt actiones, quæ de pignore dantur in perſonam, ab illis, quæ in rem. In perſonam dantur actiones ex contractu pignoratitio, & obligatione inde natâ, quæ eſt vinculum aſtringens perſonam: proindeque hæ non competunt niſi inter ipſos contrahentes, debitorem videlicet & creditorem, eorumque heredes. Tales autem ſunt duæ: *Pignoratitia directa*, & *Pignoratitia contraria*: Atq; hæc cauſa eſt, cur ita conceptus ſit titulus in Digeſtis *de pignoratitia actione vel cōtrà*: quia videlicet cōjunctim ac permixtim cum Directa ibi explicatur de contraria actione. *Pignoratitia directa* eſt; quæ datur debitori adverſus creditorem liberato pignore: quod fit, poſtquam vel pecunia debita exſoluta eſt, & quidem omnis, nec reproba: vel eo nomine ſatisfactum creditori: nam tum demum naſcitur hæc actio. *l. 9. ſi rem alienam. §. omnis. & l. 24. eleganter. §. qui reprobos nummos. ff. d. pignor. act.* Nec refert, quis ſolvat, utrum ipſe debitor, an verò alius quiſpiam pro eo: Nam pro alio quoq; ſolvere quis, eumque ab obligatione liberare poteſt. *l. 39. ſolvendo. ff. de negot. geſtis. l. 23. l. 40. ſi pro me quis. & l. 53. ſolvere. ff. d. ſolut. l. 17. manifeſti juris. C. eod. tit.* In omnibus enim ſpeciebus liberationum non ſolum principalis obligatio extinguitur, verùm etiam acceſſiones liberantur, & fidejuſſores, hypothecæ, pignora, ut ait Ulpian. *in l. 43. in omnibus ff. d. ſolut.* Neque tantum ſolutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio, *init. tit. Inſt. quibus mod. oblig. toll.* atque ita etiam pignus liberatur, & pignoratitia actio debitori naſcitur: verùm etiam oblatione, obſignatione, & depoſitione pecuniæ debitæ in loco publico: hæc enim tria conjunctim facta eandem vim habent cum ſolutione. *l. 19. acceptam. C. d. uſur. l. 9. obſignatione, & ibi Donell. poſt alios. C. d. ſolut.* Præterea naſcitur pignoratitia actio liberato pignore, ſi creditor ex fructibus pignoris tantum fuerit conſecutus vel conſequi potuerit, quantum ipſi debebatur. Fructus enim ipſo jure minuunt debitum, ſive in ſolutionem computantur non modò uſurarum, ſed & ſortis ipſius. *l. 1. 2. & l. f. C. d. pignor. act. l. 1. C. d. diſtract. pignor.* Quod tamen ita demum verum eſt, ſi non intervenerit pactum, ut creditor in vicem ſeu loco uſurarum fructus perciperet & lucraretur, ſuoſque faceret. Tale enim pactum (quod quidem expreſſum eſſe debet, neque tacitum ſubintelligitur, ut vult Hotomannus) Jure civili valet, & Græco nomine appellatur ἀντίχρησις quaſi dicas mutuum uſum, vel quiddam, quod pro uſu percipitur. *l. 33. ſi pecunia. ff. de pign. act. & l. 11. ſi is qui bona. §. 1. ff. d. pignorib.* de quo genere pacti pignoratitii diligenter explicat Borchold. *in tract. d. uſuris. C. fin.* Magnus JCtus Johannes Oldendorpius non intellexit, quid eſſet ἀντίχρησις: cùm ſcriberet accipi pro contradictorio judicio, ſeu pro illa miſſione in poſſeſſionem, quæ fit cum cōtradictione,

ad differentiam scil. aliarum missionum sine contradictione. Quem puerilē errorem idcircò hic noto, non ut optimum illum virum & de Juris prudentia præclarè meritum sugillem aut exagitem: (quod mihi semper illiberale facinus visum est.) sed ut eum caveant adolescentes, qui fortè hæc apud eum legerint, *class. 3. act. 10.* Dixi, Jure Civili valere pactum antichreseos. Quid autem sit de Jure Pontificio, exposui *in Tractatu de Differentiis utriusq; Juris.* Datur autem ista actio ad hoc, Primùm: ut creditor solutâ pecuniâ debitori restituat pignus cum fructibus. *l. 40. debitor. §. fin. ff. d. pign. act.* etiamsi debitor fuerit prædo, id est malæ fidei possessor, cum daret pignus *l. 22. si pignore. §. si prædo. ff. eod. tit.* Cur restituendum sit pignus debitori post solutionem, ratio evidens est: Jam enim nihil amplius ipsius interest, retinere rem alienam, eaque sine causa penes ipsum esse cœpit: cessante autem causa cessare debet effectus, ut prolixè docet Tiraquellus *in tract. cessante causa. &c.* Secundò: non tantùm restitui debet res sua debitori: Sed etiam talis, qualis data fuit, nec deterior. Nam si res deteriorata restituatur, non censetur restituta. Unde est, quod scribit Ulpianus, in Judicio pignoratitio & hoc venire, si res pignori datas creditor malè tractaverit, vel debilitaverit servos, mutilaverit, vulneraverit, &c. nulli tamen maleficio obnoxios: *l. 24. eleganter. §. fin. ff. de pign. act.* Consequetur enim hoc casu debitor quod sua interest. *l. 9. § f. ff. eod. t. l. 7. creditor. C. eod.* Ubi creditor, si damnum dederit in arboribus decidendis, in fundo sibi oppignorato; vel destruenda domo; cogitur id deducere in ratione debiti. Tertiò: Præterea potest etiam debitor per hanc actionem à creditore suo exigere cautionem, scil. datis fidei jussoribus, de dolo item, de jure prædii, si fortè metus subest, ne servitutes prædiorum extinctæ sint per non usum creditoris. Quartò: Denique potest debitor hac actione cogere creditorem, qui pignus fortè vendidit pluris quàm erat suum creditum, ut vel restituat ipsi superfluum (ὑπερόχην vocant, Græco vocabulo) si quidem id jam acceperit ab emptore pignoris; & quidem ut restituat cum usuris ex mora. *l. 7. si autem tradius. ff. de pignor. act.* (Est enim hoc universale in omnibus B. Fidei judiciis, quale etiam hoc est, ut ex mora præstentur usuræ. *l. 32. mora. §. in bona fid. ff. d. usur. l. 13. in bona fidei. C. eod. t. l. 2. C. depos. l. quæro. ff. Locat. cum similibus.*) Vel ut cedat suas actiones, quas habet adversus emptorem, si fortè pretium nondum consecutus sit, vel si non totum. *l. 24. eleganter. §. si vendiderit. & l. penult. ff. d. pignor. act.* Non enim debet plus consequi creditor, quàm sibi debetur: neque locupletari cum debitoris jactura: quod esset contra bonam fidem & naturalem æquitatem. Quocirca reddet debitori, quantò pluris vendidit pignus: sicut è contrario, si minoris vendidisset, posset residuum debiti, quod ex vēditione pignoris redigere non potuit, à debitore repetere. Neutrum enim in damno versari, sed utrumque suum consequi, æquum est. Sed quamdiu, inquies, competet pignoratitia actio? sive, quàm diu poterit debitor solvendo debitum eam sibi comparare luitione pignoris? Et verum est, perpetuò competere actionem pignoratitiam absque ullo metu præscriptionis, sive potiùs, perpetuò debitorem habere facultatem offerendi id quod creditori debet, atque ita liberandi pignus: & huic juri luendi nunquam

præ-

præscribi, ne quidem longissimo tempore. Quæ sententia jam olim fuit Martini & Rogerii, antiquorum Glossatorum; communiter approbata: quamvis Bulgaro diversum sentiente & præscriptionem admittente. Videatur Accursius *ad l. 7. §. eodem jure in f. C. de præscript. 30. vel. 40. annorum.* Joh. Oldendorpius *class. 3. act. 12.* & Doctor meus venerandæ memoriæ Johan Borcholdus *in tract. de usur. cap. fin.* ubi & argumenta utriusque partis examinat.

De affinibus remediis pignoratitiæ directæ, sive de concurrentibus actionibus si quæras; hæc potissimùm indicari possunt: Primùm: concurrit cum ea actio ad exhibendum: item rei vindicatio: item aliquando etiam propria, id est, præscriptis verbis actio, ut est *in l. 27. petenti. ff. de pign. act.* Quam legem ita exponit Oldendorp. *d. loco.* Secundò, concurrit etiam cum pignoratitiâ directâ, actio in factum ad id, quod interest debitoris, instrumenta pignori data sibi fuisse exhibita. *l. fin. ff. de pignor. act.* Tertiò, concurrit cum hac actione & rei vindicatio, & in factum actio: ut *in l. 13 si cum venderet. ff. de pign. act.* Quartò, concurrit etiam furti actio, competens debitori adversus creditorem, qui cum pactus esset de pignore non vendendo, tamen id distraxit, non præcedente trinâ denunciatione debitori factâ. *l 4. ff. d. t.* Quintò, concurrit etiam L Aquiliæ actio, de damno scil: si res oppignorata, per creditorem fuerit deteriorata, seu damnificata, ut loquuntur. *t. t. ff. & C. & Inst. de L. Aquilia* vel *ad L. Aquiliam.*

Et hactenus quidem de *pignoratitia directa*, quæ datur debitori. Hæc ideò dicitur *Directa*, & alibi etiam *Principalis*; quòd principaliter & directò intersit debitoris, recuperare rem suam solutione debiti jam liberatam: sicut in commodato quoque principaliter interest commodantis, rem ipsi restitui finito usu commodatarii, ad quem fuerat concessa, ideoque directa commodati actio, sive principale judicium, ipsi datur ad rem recuperandam. Similiter deponentis principaliter & directò interest, ut ei sua res, quam apud alium deposuit, restituatur reposcenti: & ideò ad rem recipiendam datur ei directa depositi actio: sic quia ejus, cujus tutela administrata est, principaliter interest, rationes reddi, & reliqua restitui; ideò ipsi ad hæc consequenda datur contra tutorem actio tutelæ directa. Sic in negotiorum gestione, item in mandato, quia principaliter interest domini negotiorum, & rectè fuisse illa administrata, & reddi rationes, ac reliqua ipsi restitui: propterea negotiorum gestorum directa, item mandati directa ipsi datur contra negotiorum gestorem vel mandatarium. Hæc velut in digressione dicta sint, quæ ad multa in Jure civili tantò rectiùs intelligenda, ni fallor, prodesse poterunt. Atq; hæc una est significatio directæ actionis, quando videlicet opponitur contrariæ; sive contrario judicio: cujus hæc est natura, ut ibi agatur de calculo & indemnitate, ut est *in l. 6. furti. § fin. ff. de his qui not. infam. & in l. 5. in pr ff. depositi.* hoc est, ut indemnis præstetur is, qui pro altero vel in rem alterius aliquid impendit, vel cui hoc nomine aliquid abest: Cujus ratio est, quia nemini officium suum debet esse damnosum *l. 7. ff. testam quemadmodum aper. l. 15 ff. mandat. l. 61 § quid verò ff. de furt. Paulus lib. 5. sent. t. 6. §. 10.* Ne benè merenti sit malo benignitas, ut ait Plautus *in Cistell* ne item fiat quis locupletior cum alterius jactura & detrimento. *l. 14. nam hoc natura. ff. de condict. indebiti. l. 74 non debet. & l. 206. jure natura. inferius. h. t.*

nostro. Iccircò æquum est, ut tutor, quod expendit pro pupillo; negotiorũ gestor, vel mandatarius, si quos in rem alterius fecit sumptus; creditor, qui in pignus quid impendit; commodatarius, qui in commodatum; depositarius, qui in rem depositam, &c. ad impendia sua recuperanda & evitandum damnum habeant actionẽ aliquam comparatam. Et inde introductæ sunt contrariæ actiones, tutelæ, depositi, negotiorum gestorum, mandati, commodati, &, de qua ex professo hic agimus, pignoratitia contraria. Ideò autem dicuntur *contrariæ*, quòd directis sint oppositæ. De quibus contrariis judiciis hoc etiam notandum est: Ea non semper esse necessaria: sed posse eum, qui in rem alterius quippiam impendit, sæpè etiam vel retentionis vel deductionis & compensationis jure, beneficio seu remedio uti, atque ita indemnitatem consequi. *l. 8 si necessarias. in pr. ff. de pign. act. & l. 18. §. fin. ff. commod.* Est verò & altera significatio *Directæ actionis*. qua videlicet non opponitur *Contrariæ*, sed *Utili*; Et *Utilis actio* dicitur passim in jure ea, quæ ex sententia & mente legis, vel SC. vel edicti, atque ex æquitate datur, & utilitatis benignitatisque causâ; quamvis deficiant verba legis, vel SCti, vel edicti, &c. quamvis etiam ex strictâ juris ratione nulla competeret actio. Notandum quoque est, *Utilem actionem* dici non solùm eam, quæ est directa, sed etiam illam, quæ est contraria. Est enim commune hoc accidens utriusq; generis actionum Sic *utilis actio ex empto* nominatur *in l 24 eleganter in pr. ff. de pig. act.* De qua deinceps nobis agẽdum est, ut ab hoc quasi diverticulo non inutili nec injucundo in viam revertamur.

Pignoratitia igitur *Contraria* etiam est in personam actio: daturque creditori contra debitorem ad hoc, quod ipsi pignoris nomine abest, ut quàm brevissimè dicam: hoc est, ut quicquid damni acceperit ex pignore sibi dato, vel quicquid in illam rem impenderit, hoc à debitore recipiat, & per eum prȩstetur indemnis: v.g. Debitor rem alienam pignori dedit creditori ignoranti, vel rem alteri oppignoratam, vel in publicum obligatam, vel morbosam seu vitiosam, vel etiam æs pro auro, massam æris pro auri massa, &c. Hoc nomine datur creditori adversus debitorem pignoratitia contraria, per quam consequatur, quanti sua interest, non fuisse captum vel fraudatum. *l. 9. si rem alienam. in pr. l. 16. tutor.* § 1. *l. 32. cum debitore. & l. 36. si quis in pignore. §. 1. ff. de pignor. actione.* Aliud exemplum est *in l. 8. si necessarias. in pr. ff. eod. t.* ubi creditor fecit impensas necessarias in servum oppignoratũ, cùm is fortè ægrotaret; vel in fundum, vel insulam, fulciendo, vel reficiendo ipsã, ne corrueret: & hoc nomine habet non tantùm retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem. Hic tamen circa impensas observanda est illa limitatio, sive moderatio; ut judex neque delicatum debitorem, neque onerosum creditorem audiat: sed operam det, ne debitori nimis difficilis reddatur pignoris sui recuperatio seu liberatio: ut est *in l. 25.* (ubi Ulpianus eleganter hoc declarat exemplis) *ff. de pign. act.* Aliud exemplum est *in l. 1. §. f. & l. 36. si quis in pignore. ff. de pignor. act.* ut debitor cum ostendisset creditori aurum quasi pignori daturus, æs pro auro subjecit, atq; ita pignori dedit ignoranti; ideoque tenetur pignoratitiâ contrariâ præter alias actiones, de quibus infrà dicam. Dixi, *Ignoranti*. Nam sciens non habet actionem contrariam. *l. 16. tutor. §. 1. in fin. eod. t.*

eod.t. quia scienti & volenti non censetur facta injuria. Aliud exemplum est *in l.3. d.t.de pign.act.* ubi debitor proponitur insignem commisisse fallaciam ad circumveniendum creditorem, & extorquendum ei pignus. Simulavit enim, se paratum esse ad solutionem, & confestim pecuniam redditurum: Creditor, cui sic accipiendorum statim nummorum spe inani impositum est, restituit ei suum pignus: debitor subornaverat quempiam ad fenestram, qui exciperet pignus & aufugeret: ad hunc pignus ex fenestra demittit. Quæritur, quo pacto consulatur huic creditori contra debitorem tàm fraudulentum? & præter alias actiones, de quibus dicetur infrà, habet etiam pignoratitiam contrariam. Ubi probè notandum est, hanc pignoratitiam contrariam dari creditori, etiam nondum factà solutione: Qua in re differt contraria à directà pignoratitià. Nam hæc non nascitur, nisi omni pecunià solutâ, ut suprà dixi *ex l 9.§.omnis.ff.de pign. act.* Prætereà. si servus pignori datus furtum fecerit creditori, quem furem esse sciens debitor dedit ignoranti, datur creditori adversus debitorem hæc pignoratitia actio contraria; ad hoc, ut indemnem eum præstet: nec potest debitor liberari noxę deditione, si dicat, se paratum relinquere servum creditori pro noxa. *l. si servus. 31. ff.de pign. act.* cum qua conjungenda est *l 61. si servus communis. ff. de furtis.* Utraque enim lex sumpta est ex eodem Africano *libr. 8. quæst.* Ad hæc datur ista actio contra debitorem, ut indemnem præstet creditorem, si fortè is vendens promiserit evictionem ex more regionis, sine dolo & culpa, & ut diligens paterfamilias fecisset. *l.8. §. 1. & l.22. si pignore.§.f.ff.de pign.act.* Deniq; si creditor pignus debitori concesserit precariò, vel si locaverit (utrumque enim fieri posse, multis legibus proditum est, ut *l si rem alienam.29.l.35.cum & sortis.§.1.& l.37. si pignus. ff.d.t. & alibi.*) datur ei contrarium judicium pignoratitium ad restituendam possessionem distracto pignore. *l. 22. si pignore.§.si post distractum.ff.de pign.act.*

Sicut autem cum pignoratitià directà concurrunt aliæ quoq; actiones, de quib. suprà, ita & hic contraria pignoratitia concurrentes secum alias actiones habet. Tales sunt: 1. Actio furti. 2. Actio ad exhibendum, in casu *l.3.ff.de pignor.action.* 3. Actio noxalis, in casu *l.31. si servus pignori. ff. d t.* 4. Crimen extraordinarium stellionatus, ut *in l.1 fin.& l.16.tutor.§.1.& l 36. si quis in pignore. ff. de pign. act. l.1. l.2.l fin.C.de stellion.crimine*: quod crimen severissimè vindicandum esse, sæpè rescriptum est, ut ait Philippus Imper. *in d l.fin.* Nam leges divinæ & humanæ vehementer detestantur legem ruptam in debitoribus calumniosis: cum insignis sit improbitas fallere creditorem suum bonâ fide credentem debitori, ut graviter scribit Oldendorpius *class. 3. act. 13.* Unde & S. Ambrosius *in lib. de Tobia, cap. 21. in princ. Quàm deforme est, ut pro beneficio ei qui te adjuvit, rependas molestiam! Cum istum fraudaveris, cui debes, posteà in tempore necessitatis tuæ non invenies creditorem. Quàm indignum, ut cum victum tuum sustentare non queas, cùm adhuc nihil debeas, putes, quod & victum tuum possis & debitum sustinere! Ante cogita, unde dissolvas: & sic mutuum sume, &c.* Interdum tamen istud crimen cessat, puta in ignorante. *dict. l.16. §.1.* Is enim caret dolo malo, absque quo nullum crimen committitur: item in casu *dict. l.36. §. versic. planè. cod. tit.* 5. Concur-

rit cum pignoratitiâ contrariâ etiam interdictum de precario, item Quasi Serviana: ut annotat Accursius *in dict. §. si post distractum. l. 22. ff. d. t. tit.* Quæ sententia probatur etiam Oldendorpio, *dict. actione* 13. Hic obiter quæri potest: Quid ergò si creditor subrepto sibi pignore egerit furti vel condictione furtiva, & per eam actionem fuerit consecutus aliquid: debétne hoc totum imputare debito, ita ut summa debiti minuatur per id, quod accepit: an verò ipsius lucro hoc cedet? Hac de re agit Ulpianus *in l. 22. si pignore, dict. tit.* & ita distinguit, ut siquidem ab alio quid consecutus fuerit, cogatur debito imputare: sin ab ipso debitore non teneatur hoc ei restituere.

Atque hæc de actionibus in personam pignoris nomine competentibus, & de affinibus remediis dicta sufficiant.

Dantur autem etiam in rem actiones, ut *Serviana* & *Quasi Serviana* seu *hypothecaria*. Hæ duæ actiones in eo conveniunt, quod utraque sit prætoria: prior quidem à Prætore Servio introducta: altera verò à JCtis ad exemplū prioris adinventa: quod item utraq; datur creditori ad consequendam possessionem pignoris vel hypothecæ, ut est in *l. 66. § si cum eo ff. de evict.* Quòd item utraq; datur creditori ad consequendam possessionem pignoris contra quemlibet possessorem rei, sive sit debitor ipse, sive tertius quispiam. Item: quod utraque tantùm est directa; non etiam contraria: denique interdum promiscuis appellationibus utraque designatur, ut in *l. 3. l. 7. l. 10. & l. 18. ff. de pignor. l. 2. & l. 14. ff. quib. mod. pign. solv. d. l. 66. ff. de evict. l. 14. vir uxori. ff. ad SC. Vellejan. l. 6. C. si aliena res pign. data sit.* Quod & Oldendorpius rectè observavit *class. 3. act. 11. in princ.* Sed differunt eædem inter se; non quidem in eo, quòd Serviana detur de tacita aliquâ hypothecâ, quam jus alicui tribuit; Quasi Serviana verò de expresſa, quæ conventione constituitur, ut putat Oldendorpius *dict. class. 3. act. 10.* Idemque repetit *act. 11.* (hæc enim differentia est falsa.) Sed aliæ sunt res, quæ inter has duas actiones discrimen faciunt, ut latiùs demonstravi olim *ad Instit. § item Serviana. tit. de Actionib.* Præcipua verò differentia est hæc, quòd Serviana datur domino fundi, eidemque locatori de rebus coloni (id est, conductoris prædii rustici,) quæ pro mercedibus fundi tenentur ipsi jure pignoris, id est, de quibus expresſè convenit, ut pignori essent. Sed quasi Serviana datur cuivis alii creditori, & de quovis alio pignore vel hypothecâ sive expresſâ, sive tacitâ. Ex quibus apparet, multò latiùs patére usum Quasi Servianæ, quàm ipsius Servianæ; ad cujus exemplum tamen est inventa.

Ad hunc igitur modum istæ actiones duæ inter se differunt: à pignoratitia verò ita: Primò: quod pignoratitia est in personam, utpote ex contractu vel obligatione. (Pignoratitia, inquam, propriè dicta. Quod ideò admoneo, quia interdum pignoratitia reperitur etiam pro Servianâ, sed abusivè usurpata: ut *in l. 41. ff de pign. act. & l. 13. ff. de condict. indebit. l. 5. C. si aliena res pignori &c. & l. 9. Titius. in fin. princ. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Interdum cum adjectione dicitur *pignoratitia Serviana* sive *hypothecaria*, ut in *lege tertia, paragraph. est autem personalis. ff. ad exhibendum.*) Sed hypothecaria, ut & Serviana, est in rem, utpotè ex jure in rem: quod natum est & constitutum

variis

variis ex caussis, vel ex contractu pignoratitio, (is enim & personas contrahentium obligavit, & rem ipsam affecit.) vel ex conventione nudà, eàque aut expressà, aut tacità, vel vi legis aut constitutionis, atque ita ipso jure: vel ex autoritate magistratus & judicis, vel deniq, ex voluntate testatoris. Secunda differentia primæ est consequens: quòd scil. pignoratitia tantùm datur contra eum, cum quo contraxeris: sed hypothecaria contra quemlibet possessorem pignoris vel hypothecæ, etiamsi nihil unquam cum eo contraxeris. Tertia differentia est, quod pignoratitia actio est civilis, quia pignus re contractum est civile negotium: sed Serviana & quasi Serviana sunt prætoriæ, sive ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt. *§. item Servian. Inst. d. actionib.* Quod tamen Cuiacius *in Paratitlis. C. tit. d. pignor.* monet accipiendum esse sub hac distinctione, quatenus Serviana persequitur pignus, quod nudo pacto est contractum: Aliàs enim putat non esse prætoriam, sed civilem actionem; si persequatur pignus propriè dictum, id est, cujus possessio creditori est tradita. Quartò differunt in eo, quòd pignoratitia alia est directa, alia contraria: directa ex parte debitoris, petentis restitutionem pignoris; contraria ex parte creditoris, petentis expensas à se factas in pignus, ut damna, vel id quod interest, ut supra exposui. Sed hypothecaria semper tãtùm est directa, & creditori datur solùm: nulla verò contraria, quæ detur vel debitori, vel aliàs possessori pignoris vel hypothecæ. Quinta: Pignoratitia habet locum pignore tradito; (quod propriè pignus vocari suprà diximus:) sed hypothecaria est de hypotheca, id est de pignore non tradito, quod nuda conventione vel aliter obligatum est absq; traditione possessionis: Quæ duo genera indicantur & in *l. 4 & l. 13. grege. §. 3. ff. de pignoribus.* & alibi. Tametsi interdum & de pignore non tradito detur pignoratitia: nempe si res postea pervenerit ad creditorem: ut est in *l. ult. ff. d. pignorat. act.* & *l. 33. fidejussor. ff. de negotiis gestis.* Sicut etiam vice versà dari potest hypothecaria etiam de pignore tradito, si nimirum creditor fortè amiserit ejus possessionem, ut recuperet eam. Nam possidenti adhuc pignus creditori non datur hypothecaria, quorsum enim aut cui bono daretur, cum per eam nuda possessio avocetur, ut supra dictum? At qui illam jam habet. Frustrà ergò petit foris, quod intùs habet. Sexta: pignoratitia actio sive sit directa sive contraria, semper est bonæ fidei. *§. act. Inst. d. action.* Sed hypothecaria est arbitraria. Septima & ultima differentia est, quoad præscriptiones harum actionum. Nam pignoratitia actio præscribitur 30. annis; sed hypothecaria nunc decem, nunc viginti, nunc triginta, nunc quadraginta annis: pro diversitate scil. personarum & casuum. Sed de differentiis & istis & aliis videatur etiam Hotomannus *in comment. ad tit. ff. d. pignorib.* Plura quoque de ipsa actione hypothecaria videre licet apud Ant. Neguzantium *in tractatu de pignorib. parte* 8. Item apud Ferrariensem *in forma libelli, in actione hypothecariâ*: ubi exponit 5. requisita hujus actionis.

Postremò notandum, concurrere cum actione Serviana, & quasi Serviana, etiam interdum Salvianam, cui nomen à Salvio, de quo est *tit. C. d. Salviano interdicto.* Ubi Accursius & Bartol. *ad l primam* tradunt differentias tres aut quatuor inter actionem hypothecariam & Salvianũ interdictum: Quas differentias repetit

tit etiam Neguzantius *parte* 8. *membr.* 1. *num.* 1. *& 6. seqq.*

Quæritur etiam: an eodem libello simul proponi sive cumulari possit actio pignoratitia & hypothecaria? De qua quæstione videatur Oldendorpius *class.3.act.* 10. & Ferrariensis *dicto loco*: Demq; Neguzantius *parte 8. membr. 1. n. 9 & memb. 2. n. 6.* Summa est, si agatur contra ipsum debitorem, qui pignus possideat, posse utramq; actionem uno libello comprehendi: non posse, si contra debitorem simul & tertium possessorem agatur.

CAPUT NONUM,

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Ulpianus hunc contractum uno verbo in hac lege designat, cum ait, *Locatum*: Idque ideò, quia posito uno Relativorum, necesse est poni & alterum: cum non possit esse vel intelligi Locatio, nisi etiam adsit conductio: sicut & venditio esse non potest, nisi sit qui emat: quæ causa fuit, cur paulò ante idem Ulpianus nominaverit *venditum*, volens intelligi contractum Emptionis & venditionis. Idem namq; valent *Locatum* & *Locatio*; *Conductum* & *Conductio*; *Venditum*, & *Venditio*; *Emptum* & *Emptio*; *Pactum conventum*, & *Pactio conventio*. &c. Ex quo fit ut dicamus actionem empti & venditi. *t.t.ff.& C.d.act.empt.& ven.* Et cócisè conceptus est titulus in Digestis, *Locati conducti*, pro eo, quod pleniùs erat, *de Actionibus Locati & Conducti.* Judicium tàm locati quàm conducti vocant Impp. *in l. 28. in judicio. C. de locato & conducto.* Sic enim ibi habet inscriptio. Atq; hæc initiò breviter de vocabulis: quoniam teste Ulpiano, è re est, de his initiò admonere, *l. 1. ff. d. reb. credit.* Unde & Socrates dicere solebat, *Principium eruditionis esse, intelligentiam vocabulorum*: de quo scribit Xenophon, inchoare consuevisse disputationes suas à definitione vocularum, qua intelligeretur, quid quæque significarent: Quod & Arrianus laudat *lib.* 1. *Dissertationum Epicteti, cap.* 17.

Porrò quomodo differat hic contractus ab Emptione & venditione (cui proximus esse, & cum qua magnam familiaritatem habere dicitur *in l. 2. in pr. ff. Locat. & in pr. I. de Locat. & Conduct.*) jam suprà exposui *sub cap. de empt. & vend.* quæ hoc loco possunt repeti evidentiæ causâ.

Præterea Locatio & conductio magnam habet affinitatem cum contractu Emphyteutico, de quo est §. *adeò. Instit. de Locatione & Conduct. l. 1. & t.t ff. si ager vectigal vel emphyteut. petatur.* & *t.t. C. de jure emphyteut.* Quæ causa quoq; est, cur ille tit. *de jure Emphyteut.* in Codice statim & immediatè subjiciatur titulo *de Locato & conducto.* Differunt tamen inter se plurimùm hi duo contractus. 1. quia in Emphyteusi agitur de jure in rem (& quidem tali, quod etsi à dominio est distinctum, tamen ei quodammodo respondet ac simile est,) transferendo in emphyteutam seu emphyteuticarium: Locatio verò nullum jus in rem tribuit Conductori, sed tantùm rei usum. *l. non solet. 39. ff. Locat.* 2. quia in Locatione præsta-

tur Locatori à conductore merces pro usu rei: ut est *initio tit. Inst. de Locat. & Cond. l. 1. §. 1. & passim ff. eod. t.* Sed in Emphyteusi domino rei seu prædii quotannis præstatur canon. *l. 2. & l fin. C. d. jure emphyt.* quæ & *pensio* vocatur & *reditus* in *d. §. adeò. l. d Locat. & Conduct.* tametsi ea vocabula sæpè promiscuè etiam de Locatione usurpentur. 3. Quia qui rem conduxit, non potest eam vendere vel donare, vel in dotem dare, vel alio titulo alienare, v.g. permutare: cujus ratio est, quia, ut suprà dictum, Locatio nullum jum in rem tribuit locatori: quocirca conductor neq; plus juris in alios potest transferre, quàm ipse habet: sed emphyteuta suprà dicta omnia potest in prædio Emphyteuticario, certis tamen observatis conditionibus. *d. § adeo. Inst d Locat l. 1 § 1 ff. si ager vectigalis & c. l fin. C d. jure emphyt.* 4. Quia conductori non cõpetit actio in rem, sed in personã, cõtra eũ videlicet, à quo rem conduxit. Nec distinguimus inter eum qui ad breve, & qui ad longũ tempus, puta decennium, conduxit. Uterq; n. tantùm in personã actionẽ habet: de quo alibi latiùs explico. Sed Emphyteutæ, quãvis dominus non efficiatur rei emphyteuticæ, tamen cõpetit in rem actio adversus quẽvis possessorẽ etiã adversus ipsum dominũ emphyteuseωs (qui Aigenthumbsherr dicitur) *l. 1. §. 1. ff. si ager vect. g.* 5. Locatio propriè dicta non fit in perpetuũ, sed ad tẽpus; quod ferè quinquennale esse solebat apud Romanos; quia scil. etiã censores publica solebant ad tantũ tẽpus locare. Emphyteusis verò tribuit jus perpetuariũ *d. l. 1. ff. si ager vectig* & *l. 10 viã veritatis. C. de Locat.* ubi quæ appellatur *perpetua conductio*, intelligenda est Emphyteusis. 6. Conductor si per bienniũ continuum non solvat pensionem sive mercedem pro domo vel agro, potest expelli: & quidẽ non obstante conventione contrariâ de ipso non expellendo intra certum tempus, quamvis etiam pœna ei esset adjecta. *l. 54. quæro. & l. 56. cum domini. ff Locat.* Nam videtur illa conventio de nõ expellendo sub hac conditione facta, si tamen & ipse præstet ea quæ debet. Sed Emphyteuta si per totũ trienniũ non solvat canonẽ, repelli potest, à prædiis emphyteuticariis. *l. 2. C. d. jure Emphyt* tametsi aliud sit in Emphyteusi Ecclesiastica: de qua *in Expositione Methodica Novell.* 7. Addunt vulgò & hanc differentiam quod Locatio sit contractus juris gentium, ut expressum est in *l. 1. ff. Locat. §. jus autem gentium. vers. & ex hoc jure. I. d. jure Nat. Gent. & Civ. l. 5. ex hoc jure ff. d. Justit. & jure.* Emphyteusis verò sit contractus Juris civilis, utpote introductus constitutione Zenonis Imp. *in tit. C. de jure Emphyt.* Constitutio autem principis sit pars Juris civilis. § *Sed & quod principi Inst. d. jure nat. gent. & civ.* Ita Accursius *in gloss. d. l. 5. in verb. quibusdam, & in Inst. d. vers. & ex hoc jure. in verb. penè.* Quam sententiam Interpp. communiter sequuntur: alii tamen in dubium revocant, quia scil. iste contractus non primùm à Zenone sit introductus, sed diu ante ipsum fuerit usitatus, *argum. d. l. 1. ff. si ager vectig.* neque tantùm apud Romanos, sed etiam apud alias gentes: ut de Byzantiis, testatur Aristoteles *in Oeconomicis*, eos ad hunc modũ, quo emphyteusis contrahi solet, agros quoq; suos fuisse solitos dare ad meliorandũ. 8. Addunt & hanc differentiã, quod Locatio & cõductio non necessariò requirat scripturã, sed possit etiã sine instrumento & scriptura fieri, quemadmodũ & cæteri contractus, qui consensu fiunt. *l. 24 contra-*

ctus.

ctus. C. d. locat. l. 4. C. d. fide instrum. l. 4. ff. de pignor. l. 2. ff. d. Obl. & Act. §. 1. Inst. de Obl. quæ ex consensu: Emphyteusis verò absque scriptura fieri nequeat: quasi ad substantiam sui postularet, ut in scripturam redigatur: *argum. l. 1. in verb. scriptura interveniente. & l. 2. in verb. Emphyteuticis instrumentis. & l. 3. in verb. emphyteuticum instrumentum. C. d. Jure emphyt.* Sed tamen neq; hoc caret controversia, ut est apud Julium Clarum *in §. emphyteusis. 4. quæst.* Et attigi hanc rem etiam *in Partit. Feudal. lib. 1. cap. 2. 11. quæ. 2.* Nona differentia hæc esse potest, quod in Locatione interitus rei locatæ, qui contigit absq; culpa conductoris, pertinet ad locatorem, tanquam ad Dominum, cujus damno & periculo res est, & cui perit, sive in totum sive pro parte: sed in Emphyteusi distinguitur inter particularem & totalem rei interitum, ita ut ille pertineat ad Emphyteutam, hic ad Dominum. *§. adeò in fin. Inst. d. Locat. & conduct. l. 1. vers. siquidem tanta C. de Jure emphyteut.* Est & decima differentia, quia simplex colonus, qui nullum habet jus in re, potest propriâ autoritate à locatore expelli, si intra biennium non solvat pensionem: Emphyteuta verò non potest propriâ autoritate expelli ac dejici, sed opus est autoritate judicis: ut contra Accursium *in l. 2. C. de jure emphyt.* sensit Petrus, (glossator antiquus.) cujus sententiam refert Ferrariensis *in pract. in forma libelli, quo agitur ad ficti præstationem.* Undecima quoque est differentia, quò ad remissionem pensionis ob causam sterilitatis. Nam in locatione distingui solet inter colonos. Alii enim sunt, qui ad pecuniam numeratam conduxerunt, sive qui nummis colunt: alii pro parte fructuum domino fundi danda, unde & *partiarii coloni* appellantur *l. 25. si merces. §. vis major. ff. Locati. l. 26. §. 1. ff. d. furtis.* Prioris generis coloni modicum damnum sterilitatis æquo animo ferre debent, & unius anni sterilitatem compensare cum aliorum annorum fertilitate & ubertate: nec debet illorum haberi ratio, si, conquerentes de exiguitate fructuum, petant sibi dari pensionis remissionem. Posterioris generis coloni quasi socii sunt, & fundi damnum ac lucrum cum domino partiuntur: qua de re videatur *l. 15. ex conducto. § si vis tempestatis, & §. cum quidam, l. 25. si merces §. si vis major. ff. locati. l. 8. l. cet. C. de locat.* Sed in Emphyteusi ob sterilitatem quāvis magnam nulla fit remissio Canonis. Ratio differentiæ est, quia Canon est quiddam exiguum, quod pro recognitione quotannis datur: merces verò in locatione non est exiguum quid, sed ferè æquat fructuum quantitatem.

Hoc loco opportunè quæritur: In dubio utrùm potiùs præsumenda sit locatio-Conductio, an verò contractus Emphyteuticus? Respondendum est per distinctionem: si magna præstetur pensio ex fundo, quæ correspondeat fructibus, eosque ferè adæquet, vel etiam si pars aliqua fructuum solvatur, (ut fit ab jis, quos *colonos partiarios* paulò antè vocavimus, & Germani vocant halb Bawern.) tunc esse Locationem: sin autem exigua præstetur aliqua pensio, quem *Canonem* vocant (Gült.) tunc esse Emphyteusin censendam: Ita ex antiquioribus Interpp. refert Cagnolus *ad l. 2. C. de rescindend. vend. n. 202.* & probat Jul. Clarus *in §. Emphyteusis quæst. 1. n. 5.*

Præter Emphyteusin habet locatio etiam quiddam affine, cum usufructu & usu. Nam in his quoque dominium rerum est alterius, perinde ut in locatione. Verum-

Veruntamen ab illis differt: quia illæ sunt servitutes & jura in rem: ut notum est *ex inst. l b. 2.* adeò, ut ususfructus in multis casibus pars dominii esse perhibeatur à Paulo *in l 4. ff. de usufructu*, & dominium ususfructus dicatur *in l. 3. ff. si ususfr. petetur*: quò facit & *l. 15. semper. ff. quod vi aut clàm.* Sed locatio nullum jus in rem tribuit conductori, tantùm personam obligat ad aliquid præstandum. *39. ff. locati. l. 65. in fin. ff. d. contr. empt. l. 2. Malè agitur. C. de præscript. triginta annorum.*

Habet deniq; locatio etiam affinitatem quandam cùm contractu censuali vel libellario, de quo dixi *in partit. Feudal. lib. 1. cap. 2. q. 7. & 8.* videatur & Ferrariensis *in form. d. l. belli de ficti præstatione gloß. antepen.*

Definitionem locationis & conductionis, si quis desideret, non potest dari rotundior, quàm ista Cuiacii *in paratit. C. h. t. Locatio,* inquit, *est mutatio usus vel fructus vel operæ cum pretio. Mutationem,* quæ loco generis ponitur, accipere debemus factam per consensum contrahentium. Nam locatio nudo consensu contrahitur, ut notum est *ex lib. 3. Inst. & l. 14. qui ad certum. ff. Locati. l. 24. contractus. C. eod. tit.* Et consensus iste vel est expressus, vel tacitus. Exemplum taciti consensus est in eo, qui ad certum tempus conduxit, eoq; tempore elapso atq; impleto remanet in conductione, non contradicente locatore: hic enim taciturnitate utriusq; partis videtur colonus quidem reconduxisse, locator autem relocasse *l. 13. item quæritur. §. fin. & l. 14. qui ad certum. ff. locati. l. 16. vers. fin. a. C. eod. tit.* Quod autem distinguit Cuiacius inter usum & fructum & operas, ideò facit, ut omnem varietatem omnesq; articulos hujus contractus complectatur. Nam usus conceditur & versatur in locatione & conductione v. g. domus, sive insulæ: cujus conductor propriè dicitur inquilinus: (quanquam etiam in aliis rebus, & quidem mobilibus consistere potest usus rei, ejusq; locatio.) fructus conceditur, & versatur in fundo seu agro, ubi conductor propriè dicitur colonus, videlicet à colendo: operæ deniq; sunt, quæ præstantur ab homine. Atq; hæc est materia Locationis & Conductionis ab una parte, nempe aut usus aut fructus rei, aut operæ hominis: Ab altera parte rei respondet merces, quam Cuiacius appellat *pretium*: idq; abusivè; nec tamen sine exemplo veterum JCtorum: Sic enim & Labeo pretium conductionis usurpat *in l. 28. §. idem juris* & Africanus *in l. 35. § in verbis, certo pretio conductum. ff. locati.* Et rursùm Labeo, ac Paulus *in fin. §. fin. ff. ad L. Rhod. de jact.* promiscuè utuntur vocabulis pretii & mercedis, cum de nave conducta loquuntur. Sic Ulpianus *in l. 10. si quis. § fin. ff. de acquir. possess.* cum aliàs pretium propriè loquendo sit in Emptione venditione. *l. 72 pacta conventa. D. de contr. empt. & passin alibi.* Et hæc merces varias sortitur appellationes, pro diversitate casuum. Aliquando enim dicitur *manupretium* sive *manuspretium*, quando videlicet datur pro artificio & elaboratione alicujus materiæ. *l 30. qui insulam §. qui adem. ff. locati. l. 13. mulieris. §. 1. ff. d. V. S. Plerunq;*, inquit, Ulpianus *plus est in manus pretio quam in re.* Eodem vocabulo utitur, & Cicero *in 3. Verrina,* & Varro *lib. 5. de ling. Lati.* & Plinius aliquoties, ut *lib. 33. c. 11. l. 34. c. 7. & lib. 35. c. 10* Extat etiam apud Livium *lib. 34. in oratione L. Valerii Trib. pleb.* Aliquando dicitur *Naulum*, quando scil. datur naviculario pro vectura rerum

vel hominũ.*l.15.ex conducto.§.6.item cum quidã.*ff.*locati.l.29.cum servis.§.1.d. legat.1.l 6.§.1.ff.qui potior:in pignor:& l.fin.ff.d.leg.Rhod. de jactu.* ficut quod datur aurigæ pro jumentis,*vectura* dicitur. *d.l 39 de legat.1.*Quæ tamen etiam pro Naulo interdum usurpatur,ut *in d.l.15.§.6.ff.locati* Aliquando dicitur etiã *pensio* & *reditus*,cum videlicet pro habitatione domus datur alicui ab inquilino,vel ex agro à colono.*l.3.C.de locato.l.9.si quis.§.fi.ff.eod.t.l.penult. §. insulam ff.d.legat. 2. l. 38. fundi ff.d.usufr.legat & l 58.defuncta.in pr.ff.d.usufr.* Aliquando dicitur *salariũ*, & *palmarium*,item *honorarium*,item *honor*; quando scil.datur pro honestis operis,quales sunt medicorũ & advocatorũ, &c. *l.38.qui operas.§.1.ff.locati.& l.1 §.in honorariis.& §§.seqq.l.4.'Divus Antoninus ff.d.extraord.cognition.*Aliquando & *nutritium*,quod scil datur nutricibus ob alimoniam infantum,*ut in d.l.1.§ penult. d. extraord. cognit.*

Porrò circa mercedem ista potissimùm quatuor notanda sunt: 1. ut statim,initio contractus,certa definiatur. 2. ut non fiat uno nummo. 3. An tantum in nummis seu pecuniâ numeratâ,an verò in aliis etiam rebus consistere possit. 4 De tempore solvendæ mercedis.

Ad primum quod attinet,sicut emptio venditio sine certo pretio non contrahitur; ita neq; locatio & conductio sine certâ mercede inter contrahentes conventâ,*initio tit.Inst.de locat.& cond.l.2.in pr.ff.eod.tit.l 23.si convenerit.in fin.ff. communi divid.l.52.si vir uxori. in pr.ff.de donat.inter virum & uxor.*Nisi etiam protinus initio contractus certa merces definitur. Sed si conveniatur, ut posteà tantum detur,quantũ placuerit inter contrahentes, non erit locatio conductio, sed contractus incertus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, sive in factum *l. 19. rogasti.§.1.& l.22.si tibi.ff.de præscript.verb.& initio tit.Inst.de locatio.*

Secundò, Uno nummo factam conductionem nullam esse, habetur *in l. 46. ff. Locati & l. 10. §.f. ff. de acquir. possess.* ut neq; venditio uno nummo facta valet. Nam utrobiq; congrua debet esse quantitas & in pretio & in mercede, alioquin erit donatio, non venditio, non etiam conductio *l.20 sicut emptio. §.1. ff. locati & l.36.cum in venditione & l.38.ff.de contrah.empt.*

Quod ad Tertium attinet, vetus est controversia, an merces possit etiam in aliis rebus,quàm in nummis consistere? Negat hoc Accursius: & pro sententia ipsius facere videtur *l.1.§.9 ff. Depositi.& l. 5.natur.§. at cum do. ff.de præscript.verb. & l.14 si hi,qui à vobis.C.d. Locato.* Quibus in locis omnibus mentio fit pecuniæ, unde colligitur, aliis in rebus præterquàm in nummis, non posse mercedem consistere. Inclusio enim unius est exclusio cæterorum,ut vulgò dicitur.Idem probat etiam Ferrariensis *in form libelli, quo agitur ad ficti præstationem, in glossa super verb.quinq; florenos & duos,* allegans etiam Jacobum de Butrio, *ad d. l. 14. C. de Locato.*& dicit, errare notarios, cum scribunt, locatum esse fundum pro decem mensuris frumenti. Idem etiam tenuit Nicolaus Mozzius *in tract de contract. tit. locat. colum. 2. n.14.* Sed verior est aliorũ sententia, existimantiũ, mercedem locationis posse consistere non solùm in nummis, sed in aliis quoq; rebus, quæ pondere,numero, & mensura constant, quæq; ex eo, quod functionem recipiant in suo genere, *fungibiles* appellantur, ut sunt oleum,frumentum &c. *argum.l.si olei.*

21. C.

21. *C. de locato. l. 19 si dominus & l. 25. si merces. § vis major. ff. locati. & l. 8. si pascenda. C. d. pactis.* ubi *pecora partiaria* appellantur, quorum fœtus dividuntur inter dominum & pastorem. Hanc sententiam tutati sunt, Corasius *lib. 2. miscell c. 11.* & Cuiacius *ad Afric. tract.* 8. & fusissimè Arius Pinellus *in comment. ad. l. 2. C. de rescind. vend. parte 2. c. 3. n. 28. & seqq.* VVesenbecius *in paratit. Digest. tit. Locati. num. 7.* & Menochius *de ad pisc. possess. remed. 3. n. 93.* Ad illos autem textus, quib. videtur pecunia requiri in locatione, ita respondent: *Pecunia* verbum latius ibi accipiendum esse, pro quibusvis rebus, præsertim fungibilibus, & non tantùm pro pecuniâ numeratâ sive nummis. Non enim est una *pecuniæ* notio, ut apparet ex *l penult. §. penult. C de constit. pecun.* & ex *l. 4. & 5. & l. 178. pecuniæ verbum & l. 222. pecuniæ nomine. ff. d. V. S.* & ibi Alciatus. Alii distinguendum putant inter locationem operæ seu faciendi; & locationem usus seu fruendi: ut in illa requiratur merces tantùm in nummis, in hac verò possit etiam consistere in aliis rebus extra nummos. Videatur Gregorius Lopez. *lib. 1. animad. cap. 15.*

Quartò, quod attinet ad tempus solvendæ mercedis, hac in re sequi debemus primùm id, quod pacto contrahentium est definitum. Secundò deficientibus fortè pactis, id quod fert mos regionis. Tertio, Si neq; mos regionis certus sit, solvetur merces in fine anni, hoc enim est pro debitore commodius. Ita Accursius, & Cynus, aliiq; *in l. 3. C. de Locato.* ac probat etiam Ferrariensis *in forma Libelli. quo agitur ad ficti præstationem*, argumento *l. 35. semper in stipulationib. h. t. nostro. de Reg Jur.* Hæc ad definitionis explicationem dicta sint.

Quia verò non satis constat, quis dicendus sit Locator & quis conductor, id quoque breviter constituendũ est, Nam quòd vulgò putant, locatorẽ, esse qui accepit mercedẽ: conductorẽ verò eum, qui dat: id perpetuũ non esse, ac sæpè fallere, docet Cuiacius *lib. 2. observ.* 28. Sæpè enim fit, ut locator det mercedem, non accipiat, & conductor contra non det, sed accipiat, quod multis legibus probari potest. Potiùs igitur videtur locator dicendus is, qui dat aliquid utendũ vel faciendũ: Cõductor, qui accipit utendũ vel faciendũ. *Cuiac. d. c. 28. & in C. de Locat. itẽ in Not. ad Inst.* Siveita: Locator est, qui definitâ mercede vel rẽ utendã alicui cõcedit, vel in præstandis operis alicui se offert: conductor est, qui definitâ mercede vel rẽ utendam ab altero accipit, vel in operis præstandis suscipit placitum offerentis, sive ipse operas præstet alteri, sive ab altero operæ sibi præstētur. Potest tamen in operarum locatione uterq; cõtrahentiũ promiscuè dici & Locator & cõductor, *arg. l. 22. item si pretio. §. 1. & 2. ff locati & argum l. veteres 19. cum l seq. ff. de act. empt.*

His evidentiæ causâ ita præmissis, sequitur videre, quid recipiat hic contractus, sive quid Locator Conductori, & Conductor Locatori præstare teneatur ex natura hujus contractus. Qua de re hæc est summa comprehensio: *Locator vel conductor, id est qui datâ acceptâve mercede vel utendum quid vel faciendum dedit vel suscepit, præstare debet præter dolum & latam culpam, etiam levem*: ut *hic* & *l. 5. §. nunc videndum. ff. commod. l. 9. in princip. & §. si colonus. & §. Celsus. l. 11. videamus. in pr.* & *l. 25. si merces. §. culpa. l. 60. cum in plures. §. servi. ff. Locati.* Item *l. 13.* & *l. 19 §. si quis. eod. tit. l. 28. in judicio. C. de locato. l. 3. §. miratur. ff. nautæ, caupones.* Levissima igitur culpa hic non præstatur. Ratio

 regu-

regulæ eſt: quia hic contractus fit ad utriusque utilitatem. *d. l. 5. §. nunc videndum ff. commodati.* Nam ſicut ab altera parte verſatur commoditas utendi vel fruendi, vel operarum, quæ à conductore vel locatore rei præſtantur: ſic ab altera parte verſatur merces, quæ pro uſu vel fructu, vel opera, numeratur ſive penditur. Quod ſecus eſt in re commodata: ſecus etiam in mandato. Nam in commodato uſus conceditur gratuitus, ſicut & in precario, ut ſupra dictum ſuo loco: ſimiliter in mandato opera præſtatur gratuita, quæ eſt notabilis differentia inter Locatum & commodatum ac mandatum. Ex quo ita licet argumentari: Hoc negotium non eſt gratuitum. Ergo non eſt commodatum. E: non eſt mandatum *l. 17. ſi gratuitam. §. ſi cum virum bovem. ff. d. præſcr. verbis. §. præterea. v. veluti ſi cum virum. Inſt. de Locat. & conduct.* Exempla ſunt varia, in quibus cernitur uſus regulæ, quomodo quis ex contractu locationis non teneatur ultra dolum & culpam. v. g. ſi colonus non ſuo tempore opera ruſtica faciens intempeſtivâ culturâ fundum fecerit deteriorem, tenetur quaſi ex ſua culpa. *l. 25. ſi merces. §. conductor. ff. Locati.* Aliud eſt exemplum *in eadem l. §. culpæ a.* Si inimicitiis, quas cum vicino exercebat, adductus vicinus exciderit arbores in fundo; Aliud eſt in eo, qui jumentum puta equum vel mulum plus juſto oneravit, atque ita ruperit, id eſt, corruperit *l. 30. qui inſulam. §. qui mulas. ff. Locati l. 27. ſi ſervus. §. & ſi mulum. 23. ff. ad L. Aquil.* Aliud eſt exemplum in eo, qui puerum ſuſcepit docendum artem ſutoriam & parum benè facientem tàm vehementer percuſſit cervicem formâ calcei, ut oculus ei effunderetur: *l. 13. Item quæritur §. item Julianus. ff. Locati. l. 5. in f. ad L. Aquil.* Plurium exemplorum cumulum ſuppeditat *eadem l. 13.* quæ facilia ſunt, ut lectione potiùs indidigeant quàm interpretatione. Aliud eſt exemplum in eo, qui equum conductum malè paſcendo in itinere deteriorem reddiderit, item, qui non flagellis, ſed lignis vel fuſtibus eum agitavit, *argumento l. 1. & l. 18. C. d. curſu publico. lib. 12.* Aliud exemplum eſt *in l. 43. ff. Locati.* ubi conductor ſervi tenetur ſi eum vulneraverit. Aliud exemplum *in l. 42. eod. tit.* ubi conductor tenetur de ſervo locato ſurrepto, quod abſq; dolo fieri non poteſt. Aliud exemplum eſt *in l. 19. ſed addes. §. 1. ff. Locati.* Ubi locator tenetur, ſi dolia vitioſa locaverit, quamvis ignarus, ex quibus effluxit vinum. Aliud exemplum *in l. 27. ſi ſervus. §. 9. ſi fornicarius. ff. L. Aquil.* ſi locator ſervum ſomnolentum alteri conceſſerit, quo obdormiſcente ad fornacem conductoris domus combuſta eſt, ex igne negligenter habito, vel cuſtodito. Conferatur etiam *l. 11. in pr. & §. 1. ff. Locati.* Ex cujus legis §. fin. etiam ſumi poteſt exemplum, videlicet, ſi conductor contra legem conductionis aliquid fecerit, puta fœnum in villam urbanam componendo vel vehendo. Aliud exemplum & quidem perelegans eſt *in l. 57. ff. Locati.* Aliud *in l. 55. dominus. §. f. eod. tit.* ubi conductor ſive colonus, qui fundum deſeruit, ſine juſta & probabili cauſa tenetur locatori ad totius temporis penſionem, ut ſc. locatori ſervetur indemnitas, quatenus ejus intereſt. Dixi: ſi conductor ante tempus migraverit ſine juſta & probabili cauſa, tum ipſum teneri. Nam aliud eſt dicendum, ſi juſtam habuerit & probabilem migrandi cauſam v. g. ſi profugit ex ædibus peſte infectis, aut cum in illa vicinia graſſaretur peſtis,

vel ſi

vel si domus spectris infestabatur &c. *l. g. vigesima septima. habitatoris. §. 1. eod. tit.* Et ibi Gothofredus elegans profert exemplum advocati Parisiensis, qui immunitatem obtinuit suo clienti ex tali causa. Plura exempla ab unoquoque colligi possunt in lectione Pandectarum & vita communi.

Porrò sententiam hanc de Locato, quod in eo præstetur dolus & lata ac levis culpa : nec quicquam ampliùs, producunt Interpp. etiam ad Emphyteusin : idque propter similitudinem horum contractuum. *§. adeò. Instit. de Locat. Novell. 7. §. scire autem,* quod & Ant. Contius, & Ant. Delrio *ad h. legem* probant.

Sed ei quod suprà diximus levissimam culpam non præstari in hoc contractu, nonnulla videntur obstare. Inprimis objicitur *§. penult. qui pro usu. Instit. de locat.* ubi ait Imp. à conductore vestimentorum, vel agendi, vel jumenti, talem desiderari custodiam, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Jam verò diligentissima custodia opponitur levissimæ culpæ: ex quo effici videtur, etiã hanc in isto contractu præstandam esse. Respondent quidam, ut Accursius, P. Faber, Contius, Wesenb. Delriò, Bocerus & alii, superlativum ibi poni loco positivi, *diligentissimus* pro *diligenti*, quomodo alibi vice versâ nonnunquam positivus loco superlativi reperitur, ut *exactum officium*, pro *exactissimo*, in *l. 21. C. mandat.* Item *diligens* pro *diligentissimo*, in *l. 25. §. non tantùm. ff. famil. hercisc. l. 5. §. nunc videndum. vers. custodiam. ff. commod. & al bi.* Et Comparativus loco positivi usurpatur, ut cum dicitur culpa *latior*, pro lata, & *gravior*, pro gravi. *l. quod Nerva. 32 ff. deposit. l. homo liber. 64. ff. de acquir. rerum dominio.* Ex quibus locis apparet, non tàm respiciendum esse ad figuram verborum, quàm ad rem ipsam ac rationem Juris : cùm aliàs quoque traditum sit; leges non imponi verbis, sed rebus; ut ait Imp. in *l. 2. in fin. C. communia de legat.* Eodemque allusit *in l. 2. §. 1. C. de const. pecun.* Giphanius noster putabat, ponderanda esse illa verba : *paterfam suis rebus* : quasi dicat Imp. conductorem si ipse sit diligentissimus in suis rebus, diligentissimum quoque esse debere in rebus conductis : idque pertinere ad levem culpam, non ad levissimam. Quòd si in suis rebus non sit diligentissimus, tunc non requiri etiam, ut in rebus conductis majorem adhibeat diligentiam, quàm in suis ac propriis. Hotomannus denique respondet, distinguendum inter locationem rei & locationem operis, quasi in illa tantùm levis culpa veniat præstanda : in hac verò levissima. Quod jam olim sensit etiam & Decius: atque etiam Antonio Contio probabilius videtur : idque hac ratione, quia conductor operis in locatione tali intelligatur tanquam artifex tacitè promittere peritiam. *arg. l. 9. si quis domum. §. Celsus. ff. locat.* Sed hanc solutionem rejicit Heinricus Bocerus *ad hanc legem.* Præstat igitur, ut acquiescamus in prima solutione, vel etiam si placet, Giphanianam complectamur.

Secundò objicitur *l. 25. si merces. §. qui columnam. ff locati.* ubi conductor, qui columnam transportandam suscepit, præstare dicitur debere periculum fractionis columnæ ejus inter tollendum vel portandum vel reponendum : quod periculum ex culpa ipsius vel ministrorum, acciderit, & culpa dicitur abesse, si omnia sint facta, quæ diligentissimus quisque fuisset observaturus. Significat igitur Cajus, culpam levissimam præstandam esse. Aliqui eandem solutionem, quam

ad præcedētem objectionem attuli, etiam huic accommodant, nempe diligentissimum positum esse pro diligenti: Ita Antonius Contius, Bocerus aliique. Aliqui verò speciale hoc esse dictum in re fragili, qualis est columna, ut ibi præstetur etiam levissima culpa, atque ita causam juris singularis sive specialitatis collocant in qualitate rei conductæ. Sic Martinus antiquus glossator: quam sententiam Alciatus quoque probat *ad l. Magnam. de verborum sign f.* Et Carolus Molinæus *in tractat de eo quod interest. num.* 182. & Interpp. plerique *ad §. qui pro usu. Inst. de Locatione*. Sed hanc solutionem refellit Antonius Delrio *hic*. Quia JCtus *in fin. dict §* ait, idem posse transferri, id est, accommodari etiam ad cæteras res: etiam si quis dolia vel tigna conduxerit transportanda, quæ tamen res non perinde sunt fragiles. Quare ipse potius vim ponit in qualitate conventionis, id est, in pollicitatione præsumpta ipsius conductoris, qui promiserit in conducendo artem sive peritiam quandam singularem, ut ita hic quædam fit exceptio à superiori regula. Hic enim imperitia quælibet, quamvis exigua, culpæ annumeratur. *argum. l. 9. §. Celsus. ff. Locati*. Quod si conductor non promiserit artem vel peritiam, ne quidem tacitè, tunc non tenetur de levissima culpa, qualiscunque sit res, etiamsi valdè fragilis. Hoc enim casu sibi imputare debet locator, qui non expressè sibi caverit atque prospexerit, paciscendo videlicet levissimam culpam: de qua proinde non poterit conductorem convenire. Neque enim hoc patitur istius contractus natura & conditio, quam non debuit ignorare locator. *arg. l. qui cum alio. h. t. nostro*.

Nunc addamus etiam alias exceptiones à regula: Ergò in Locatione præstatur etiam levissima culpa. I: Si quis eam promiserit, expresso videlicet pacto. Ratio est posita in vi pacti: & quia sibi imputare debet, qui tàm arctè se obligavit. II. Si quis sit artifex in aliqua re, ut Medicus, Faber. Hic enim tacitè pollicetur summam atque exactissimam diligentiam. *arg. d. l. 25. si merces. §. qui columnam. ff. Locati*. Præterea cum conductor non regulariter teneatur de casu fortuito seu vi majore, per *l. si quis domum. 9. §. Imper. Antoninus. & l. 11. Videamus. §. 1. & l. 15. Ex conducto. §. 1 & l. 25. si merces. §. vis major. ff. locati. & l. 28. in judicio. C. de locat.* Aliquando tamē etiā casum, cui resisti non potest, præstare tenetur; ut 1. Si ita cōvenerit, id est, si pacto eum in se recepit. *d. l. 9 §. Julianus. 2. ff. locat. l. 13. item quæritur. §. si gemma eod. & l. 8. licet. C. eod.* 2. Si culpa ipsius contigerit ille casus, *d. l. 11. §. 1. & §. ult. & d. l. 25. § qui columnam. ff. d. t.*

Restat postremò, ut etiam de Actionibus quæ ultrò citroque dantur, breviter explicem, & affinia quoq; remedia sive concurrentes actiones attingam. Competit autem locatori quidem actio locati. Conductori verò conducti, ut ait Imp. *init. tit. Inst. de Locatio.* & idem utramq; harum annumerat actionibus bonæ fidei *in §. Actionum Inst. de Action.* Suntq; hæ actiones directæ, non contrariæ: quia conductor æquè directò ac principaliter agit adversus locatorem, atque locator contra conductorem. *Ioh. Oldendorp. class. 4. act 9.* Illa autē distinctio inter actionem directam ab una parte, & contrariam ab altera, ibi tantùm habet locum, ubi non uterque contrahentium æquè principaliter ac directò agit, sed unus tantùm.

Sed videamus paulisper seorsim, ad quid utraque actio detur; Itaque Locati

actio

actio datur locatori potissimùm ad ista. Primò, ut conductor, cui usus rei est concessus, pro mercede solvat eam mercedem sive pensionem sive reditum, ejusque præstat usuras post moram. *l. 17. C de Locato.* Est enim hoc de usuris præstandis generale in omnibus bonæ fidei judiciis *l. 32. §. in bonæ. & ib: gloss. ff. de usur.* Quando autem solvi debeat merces, jam suprà dixi. Secundò: ut conductor rei expleto ejus usu & finita conductione rem locatori restituat. *l. 25 si quis conductionis. C. de Locato.* Ex quo intelligimus, non posse conductorem referre locatori quæstionem dominii, sed priùs debere possessioné ejus restituere, quàm litiget de proprietate. Qui autem non restituit rem locatam, contra eum locator potest jurare in litem, & tanti ipse condemnabitur, quanti in litem juraverit actor. *l. 48 si cui locaverim.* §. 1. ff. *Locati.* Est etiã hoc generale in b. fidei judiciis, ut contra reũ juretur in litem. *l. 5. In actionib. in pr. & ibi Duar. ff. de in litem jur. l. 5 §. in hac actione. ff commodati.* Tertiò: ut conductor emendet damna, quæ ipsius dolo vel culpa lata ac levi in re conducta contigerunt. *l. 43. l 55 §. f. & l. 57 ff. Locati.* Quartò: si quid fortè conductor fecerit contra legẽ cõductionis, id est, contra id, de quo cõvenit, ut fieret, vel non fieret. Sæpè aũt in jure nominatur *lex conductionis*: itẽ *lex locationis*: id scil. de quo convenit, quia legem & formam contractui dedit. Quintò: aliquando hæc actio datur ad hoc, ut quis liberetur locatione conductione. Exemplũ refertur *in l. 75. ex conducto. §. fin. ff. Locati.* Sextò: interdum agere potest Locator ad hoc, ut Conductor migret etiam ante expletum tempus locationis. *l. 3. C. de Locato.* Ex qua lege observandi sunt tres casus, quib. cõductor cogi potest ad migrandũ ante tempus, quãvis paratus sit diutiùs manere & mercedẽ solvere. 1. Casus est: Si dominus ipse indigeat. 2. Si domũ corrigere velit ædificando vel fulciendo. 3 Si cõductor malè versatus sit in re conducta. Hic addendus est quartus casus, si non solvat pensionẽ intra bienniũ. *l. 45. quæro. §. inter locatorem ff. locati. & Accursius ad d. l. 3. C. eod.* Postremò notandum est, Conductorem, qui non restituit domino ante sententiam definitivam rem quam ab eo conduxit, non solùm rem locatam, sed etiam æstimationem ejus, atq; ita duplum præstare compellendum esse. *l. 34. Conductores (aliàs est l. 33.) C. de Locato. l. 10. Non abs re. C. unde vi.*

Atq; hæc ita se habent, si Res locata sit, sive Usus rei: nec interest, sive mobilis sive immobilis: si verò locatæ sint Operæ, item si Opus sit faciendum sit locatum, quid tunc in hanc actionem veniat, peti potest ex Oldendorpio *class. 4. act. 9.* & ex Nicol. Vigelio *in method. iur. Civil part. 5. lib. 19. c. 5. & 6.*

Concurrunt autem cum hac actione Locati, etiam aliæ. Ut primò, Actio L. Aquiliæ de damno injuriâ dato, si Conductor rem locatam, puta servum vel jumentum culpa sua quassaverit, & deteriorem fecerit. *l. 13. item quæritur. in pr. & l. 43. si vulneraveris. ff. Locati.* Aliud exemplum talis concursus est *in eadem lege 13. §. 4. item Iulianus. ff. Locati, & in l. 5. § fin. ff. ad l. Aquiliam* Et rursum aliud *in l. 25. si merces. §. 5. ipse quoque. ff. Locati.* Aliquando tamen accidit ut videatur quidem danda actio legis Aquiliæ, & tamen non detur: ut videre est *in l. qui domum. 57 ff. Locati.* Secundò concurrit Actio furti: nempe si Conductor rem conductam mobilem lucrandi animo contrectaverit & surripuerit. *l. 42. si locatum. ff. locati.* junctâ *leg. 34 qui servum. §. 2. sive de colono. ff. de obligat. & actionibus.*

Tertiò

Tertiò concurrit actio arborum furtim cæsarum, quæ est in duplum ex L. 12 tab. si videlicet conductor arbores exciderit in fundo conducto. *l. 25. si merces. §. ipse quoque. ff. Locati. & l. 1. ff. Arbor. furtim cæsarum.* Quarta concurrens actio est, Serviana & Hypothecaria. Nam Locator habet sibi obligatam non solùm personam conductoris, sed etiam ejus res invectas & illatas in domum vel fundum conductum: Habet, inquam, in his rebus jus pignoris, ad quod persequendum istæ actiones ipsi dantur, qua de re nonnihil attigi suprà, cùm de pignore explicarem. Quintò, concurrit etiam interdictum Salvianum ad recuperandam possessionem ejus rei, quam conductor alienavit, cum intulisset vel invexisset in fundum, ut esset pignori pro pensione. *t. t. de Salvian. interdict. & t. C. de Prat. & Salv. interdict.* Sextum remedium est; quo locator postulat, ut horrea sive insulæ conductore diu latitante & intra biennium non solvente pensionem, aperiantur, & res conductoris, quæ intus sunt, describantur à publicis personis. *l. 56. cum domino. ff. Locati.* Septimum affine remedium est, Actio empti & venditi, ut *in l. 13. Iulianus. §. pen. ff. de Act. empt. & vend.* Ubi quis vendidit domum & excepit sibi habitationem certi temporis, vel fundum vendidit, & pactus est, ut sibi liceret eo perfrui ad certum tempus. Etsi enim hoc casu intervenisse videtur Locatio; tamen spectandum est potius, quid principaliter actum sit. Actum est autem hoc, non ut locaretur fundus vel domus, sed ut venderetur, quamvis cum tali pacto, ut dictum est. Octavò, pro actione locati interdum datur actio præscriptis verbis: ut *in l. 17. si gratuitam §. 3. si cum unum. ff. de præscript. verb. §. præterea. vers. veluti. Inst. de locat & conduct.* Nonò; Interdum etiam uni eidemque dantur ante actiones, ita, ut in eandem personam concurrat actio locati & actio conducti, quod fit inter socios, qui fundum habent communem pro indiviso, & pacti sunt inter se, ut alternis annis certo pretio eum haberent conductum. *l. 35. & hæc distinctio. §. cum fundum communem. ff. locati.* Decimò: Ex eâdem lege alia quoque concurrens actio est notanda, videlicet communi dividundo: qua socius socio præstat damnum, quod in fructibus insequentis anni ipsi dedit. Postremò etiam cernitur affine remedium, in extraordinariis cognitionibus, quibus petuntur salaria & honoraria Advocatorum, Medicorum, Professorum & similium. *l. 1. ff. de Extraord. cognit.* Ex qua lege probè notandum est, si non steterit per advocatum, quò minùs causam perageret, cujus patrocinium suscepit, non posse cogi vel ipsum, vel ejus heredes, ad reddendum honorarium, quod accepit. *l. 1. §. 13. Divus Severus. ff. de extraord. cognit. & l. 38. qui operas. §. 1. ff. Locati.* Videatur etiam Joh. Gallus *lib. 1. quæst. jur. cap. 7.*

Sequitur paucis de Actione conducti sive ex conducto. Datur hæc Conductori contra Locatorem, & quidem potissimùm ad ista: Primò: ut Locator conductori præstet frui licere re conductâ, vel id, quod ejus interest. Item ut reficiat villam vel domum vel stabulum vitiosum. Item, ut præstet, si quid in lege conductionis convenerit. *l. 15. Ex conducto. §. 1. & l. 24. si in lege. §. colonus. & l. 33. si fundus. cum l. seq. ff. locat.* Notanda est autem ex *d. l. 33.* distinctio inter eos, qui prohibent usum rei conductæ. Alii namque sunt, quibus id prohibere dominus sive locator non potest, quò minùs id faciant. Alii contrà sunt, quibus facilè potest prohiberi.

hiberi. Priori casu tenetur locator tantùm, ut remittat conductori mercedem, vel ut acceptum restituat: posteriore casu tenetur ad id quod interest. Idq; optimâ ratione differentiæ: quia priore casu nihil est, quod imputari possit ipsi: sed posteriore casu est, quod ipsi prohibetur. Sed si non liceat conductori re conductâ frui, puta, quia domus aliena erat locata, eamque verus dominus evicit; absolvendus erit locator in hac actione ex conducto, si paratus sit aliam habitationem æquè commodam præstare conductori. *l.9.si quis olim.in pr. ff. locati.* Præterea datur actio conducti ad hoc, ut locator præstet damna, quæ passus est conductor, ob vitium rei locatæ, vel scivit locator vel scire potuit ac debuit. *l.19.sed addes.* §.1. ff.*locati.* Ubi distinguitur inter scientiam & ignorantiam vitij. Insuper datur hæc actio ad instrmenta fundi tradenda, quæ solent unà Locatori inservire & usibus fundi. *dict.l.19 §.illud nob:s.ff.locati.* Adhæc datur actio ex conducto ad recuperandas impensas necessarias & utiles, quas conductor in re conducta fecit. *l 55.Dominus.§.1.& l.61.colonus in pr.ff.locat:* Ad easdem impensas servandas datur etiam conductori exceptio doli mali, quâ repellat locatorem agentem ex locato ad mercedem. *d.l.61. in princ.* idque tum ex eo, quia talis locator cuperet locupletari cum alterius damno contra bonam fidem & æquitatem naturalem: tùm etiam ex regula Juris, *Cui damus actiones, eidem & exceptionem competere, multò magis quis dixerit.* Item ad servandas impensas datur etiam conductori facultas tollendi, quatenus scilicet id fieri potest sine deformatione ædium, ne illarum conditio fieret deterior inter tollendum, sed ut pristina facies servetur vel reddatur. *l.19 sed addes.§.si inquilinus. ff. locati.* Insuper datur actio ad remissionem vel exonerationem pensionis, vel etiam redditionem ejus, quod locator accepit, ob nimiam sterilitatem vel interitum rei, ex incendio aut labe vel hiatu terræ existente, vel ob alios casus, per quos factum est, ut conductori non liceret frui re conducta. *l. 9. §. 4. Imperator. l.15.§.1.si quis.& §.6.si quis cum in annum.& l.si merces.25.§ si vis major. ff. locati.* Rationem hanc rectissimè reddit Wesenbecius *in parat. ff. locati.* quia cum ob usum rei præstetur merces; æquum est, ut qui uti re nequit, ei fiat remissio pensionis. Si quis igitur, ut sæpè fit, habitationem aliquam conducens in annum, prærogaverit pensionem integram, nec tamen possit per totum annum ea domo uti, quia scilic. post semestre corruit vel combusta est, post residui temporis pensionem repetere: & quidem tantùm hac ex conducto actione; non autem cõdictione indebiti. Nam hæc actio non datur nisi illi, qui per errorem solvit indebitum. Iste autem Conductor non per errorem solvit pensionem integram, sed sciens ac prudens, idque non donandi causâ, sed in eum finem, ut sibi prospiceret, in causam conductionis. *d.l.19 § si quis cum in annum. ff. Locati.* Sic si quis in plures annos fundum vel domum alicui locaverit, certâ mercede, & tandem testamento suo damnaverit heredem, ut conductorem liberaret, id est, ne ullam mercedem ab eo exigeret (quod aliàs dicitur *legatum liberationis t.t.ff.de liber.legat. & §.si quis debitori. Inst.de legat.*) Hoc casu potest Conductor agere contra heredem ex conducto, ut patiatur eum reliquo tempore frui, & mercedem remittat. *l.24.si in lege.§.fin.ff.Locati.* junctâ *l.16.ei cui.cum ll.seqq.ff.de liber.legat.* Prætereà ex conducto agi potest ad liberationem, in casu *l.9.§.fin.ff. Locat.* Sicut etiam

R vice

vice versa interdum locati agi potest, ut quis locatione liberetur, ut est in *l. 15. ex conducto. §. ult. eod. t.* Hoc ampliùs, potest inquilinus agere ex conducto adversus locatorem seu dominum, ut is patiatur ipsum emigrare ex ædib. ob timorem ruinæ impendentis sive damni infecti. *l. 33. Inquilino. ff. de damno infecto.* Sed hoc ita demùm, si pensiones superioris temporis paratus sit solvere. Nam alioquin justa erit causa retentionis in rebus invectis & illatis. *l. 34 usque. ff. de damn. infect.* Quid autem si res pignoris jure retentæ, ruinâ vicinarum ædium interierunt post emigrationem inquilini? Respondet Paulus *in d. l. 33.* Locatorem etiam pignoratitiâ actione teneri; si, cum posset eas in locum tutiorem transferre, non transtulit. Innuit ergò Paulus per particulam *etiam*, posse hunc Locatorem etiam ex conducto conveniri: & has duas actiones hoc casu concurrere; quod probè est notandum.

Postremò notandum est, etsi regulariter & plerunq; ea locatione & conductione nascitur obligatio mutua, per quam alter alteri obligetur: (Est enim hoc negotium ex eorum numero, quæ vocantur διπλευρα, q. dicas, *bilatera.*) tamen interdum contingere, ut conductor solus obligetur, locatore non obligato. Cujus rei exemplum proponit Paulus *in l. 20. sicut emptio. §. fin. ff. Locati.* in eo videlicet, qui fundum emit, & conduxit eundem, donec pretium solverit.

Cum hac quoque Actione ex conducto concurrunt aliæ: ut primò, Communi dividundo: Secundo, Actio præscriptis verbis. *l. 23. si convenerit. ff. comm. divid.* junctâ *l. 35. & hoc distinctum. §. 1. ff. locati.* Inter quas duas ll. quædam videtur esse ἀντινομία, dum videlicet prior negat hic dari actionem ex conducto, altera affirmat. Eam solvit Accursius *in gloss. d. l. 35.* quæ vulgò est *38.* & aliter respondet Cujacius *tract. 8 ad Africanum.* Tertiò, concurrit etiam Actio ad exhibendum in casu. *l. 19. sed addes. §. 5. si inquilinus. ff. locati.* Quartò: Præterea etiam concurrit actio legis Aquiliæ: si conductor damnum acceperit ex re locata. *l. 27. si servus. §. penult. ff. ad l. Aquiliam.* Item concurrit actio noxalis damni vel furti: vel potiùs deficiente actione ex conducto, illa datur, ut est *in l. 45. in princ. ff. locati.* Idem dicendum est de furti actione, *in d. l. 45. §. 1. videnda etiam l. 31. si servus. ff. de pignorat. actione. & l penult. ff. locati.* Interdum etiam pro actione ex conducto datur actio de peculio, vel de in rem verso, *ut in d. l. 60. § servum ff. locati.* Interdum condictio indebiti. *dict. leg. vigesimanona. sed addes. §. si quis. ff. Locati.* Interdum denique concurrit etiam Actio ex testamento, ut suprà dictum est *ex l. 19. & precedent. duabus. ff. de liberat legat.* Postremò: Interdum etiam exceptio concurrit cum hac actione, ut *l. 25 si vicino. ff. locati.* Idque ex regula Juris:

Cui damus actionem, eidem & exceptio multò magis competit.

CAPUT

Caput Decimum;
De Dotis Datione.

De Dotibus earumque jure cum plurima tractari possint: ita hanc interpretationem instituam & moderabor; ut neque nihil aut nimis pauca, neque omnia tamen, aut nimis multa, hoc loco attulisse videar. Regulæ autem nostræ, quæ potissimum agit de eo, quid præstet maritus uxori in re dotali, quædam majoris evidentiæ & præviæ cujusdam cognitionis causâ sunt præmittenda.

Ad Vocabulum quod attinet: Dos vocabulum est Græcæ originis. Nam & Græcis δὼς dicitur pro donatione: ut apud Hesiodum; δὼς ἀγαθή. Varias autem habet notiones: ut cum dicimus, *dotes animi & corporis*: significantes ornamenta, quibus quis est prædirus. Item cum ait Varro *de re rustica*, *vineam cum sua dote*; significans accessionem, seu instrumenta vineæ ad culturam ejus & fructuum collectionem pertinentia. Sic & in jure *Dotes prædiorum* dicuntur, *l. 2. §. ult. & l. 20. §. 1. ff. d. instru. vel instrument. legat. l. 34. § 1. ff. d. legat. 2.* Sic in jure Pontificio dicuntur *Dotes Ecclesiarum*, prouentus sive reditus, qui Ecclesiæ assignati sunt ab earum fundatoribus ac patronis *c. cum sicut. Ext. de consecrat. Eccles*: Ad quod exemplum etiam *Academiarum sive Universitatum dotes* sunt introductæ: dum Principes earum fundatores certa aliqua prædia, certos fundos, vel etiam pagos, eorumve reditus annuos, ipsis attribuerunt; unde earum Doctores sese exhiberent, suaque perciperent stipendia.

Sed illarum significationum nulla est hujus loci: ubi *dotem* in re matrimoniali accipimus propriè; cùm sine matrimonio dos esse aut consistere non possit. *l. 3. & l. stipulationem. ff. d. jur. dot. & l. 3. ff. pro dote. l. ult. C. d. repud. cum simil. lib.* In ipsa quoq; re matrimoniali, *dos* non uno modo capitur. Aliquando enim usurpatur pro contractu: aliquando pro re ipsa, quæ in dotem datur: aliquando pro jure in rem: ut in *l. 1. §. Celsus. ff. de dote prælegat.* sicuti etiam de *Feudi* vocabulo aliâs admonui, *lib. 1. Partit. Jur. Feudal. cap. 3. q. 3* Hoc loco *dotem* accipimus in significatione contractus, ut *in l. nostra, & in l. 65. ff. d. judic. & l. 5. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq;. ff. commun. divid, nec non in l. 1. ff. d. jur. dot.*

Et Definimus Dotem cum Cujacio, *in parat. Cod.* quòd sit *Conventio, qua res aut pecunia certa propter justam uxorem, & propter onera matrimonii, pervenit ad virum.* Quæ breviter explicanda sunt. Generis loco ponitur *Conventio*: quo nomine complectimur omnes modos constituendæ dotis: scilicet & stipulationem, & pactum, & pollicitationem, sive nudam promissionem, & oblationem. Nam ex his omnibus obligatio nascitur efficax ad agendum. *l. 4. & l. 6. ab exactio. C. d. dot. promiss. & nud pollic. l. 1. & l. avia. C. de jur. dot.* Hoc enim casu in favorem dotis hoc receptum est, ut etiam ex nudo pacto detur actio: quæ aliâs non daretur. *l. 7. §. quinimò. ff. d. pact. cum multis similibus.* Et fingitur hic semper intervenisse stipulatio. *§. fuerat. Inst. d. action. & l. unic. C. d. rei uxor.*

action. Omittitur in hac definitione *Dictio*. Etsi enim dos etiam olim constituebatur dictione, quæ erat solennitas quædam verborum, ut ex Ulpiani *fragm. t. 6.* & ex Caii *Inst. t. d. V. O.* constat: Nam ea *Dictio dotis* in desuetudinem abiit. Omittitur quoq; mentio *instrumentorum dotalium*, (quæ & *tabulæ matrimoniales* appellantur (etiam S. Augustino) quia tametsi hæc sæpè accedunt: (ut fit instrumenti dotalis mentio in l. *72. mulier, §. fin. D. de jur. dot. & alibi*) tamen non ita sunt necessaria, aut de substantia dotis, vel etiam matrimonii, ut omissio illorum vitiet actum. *arg. l. 4. D. de fid. instr. & l. 4. D. de pignor. & hypoth. l. 1. & ibi gl. plures leges concordantes annotet. C. de fid. instr.* Dictum est in definitione de *Justa Uxore*: quia ut dos valeat, non satis est matrimonium esse & uxorem; sed etiam oportet matrimonium esse justum, & justam uxorem. Dotis enim appellatio non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere non possunt: ut ait Ulpianus *in l. 3. ff. d. jur. dot.* Nec dos intelligitur, ubi matrimonium non secundum legum præcepta est contractum: ut ait Imperator, *in §. si adversus. Instit. d. nuptiis*: & Paulus, in cestas nuptias neque dotem habere. *l. 52. incestæ. ff. d. rit. nupt.* Quod idem intelligendum est de quibusvis inutilibus & injustis nuptiis: *Facit l. non dubium. 5. C. d. legibus.* Quod additur in definitione. *propter onera matrimonii*: id pertinet ad finem hujus contractus. Nam iccircò datur dos, ut maritus tantò faciliùs possit sustinere onera matrimonii quæ ipsi multa certè & magna incumbunt, in uxore, in sobole, & reliqua omni familia alenda seu exhibenda. Ad hoc igitur inserviunt ipsi fructus, quos ex dote percipit & suos facit: ut est *in l. 7. dotis fructus. & l. 10. plerunq. §. sed vetus ff. d. jur. dot. l. 20. pro oneribus. C. eod. t.* Eleganter ait Paulus: *dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas suggerit. Cùm enim ipse onera matrimonii subeat; æquum est, eum etiam fructus percipere.* Facit huc *L. secundum naturam. h. t.* & quod alibi dicitur à Paulo, *Absurdum esse, alium habere commoda rei, alium onera sustinere. l. 15. qui in potestate. §. fin. ff. de legat. præstand.* Quod additur in definitione, *quâ res ad virum pervenerit*; hoc non ad petitionem, sed ad repetitionem, & alia quædam jura ac privilegia dotis pertinet. Nam ut dos possit repeti (quod fit regulariter non constante matrimonio, sed soluto per mortem vel divortium *l. 24 si constante. Ubi Dd. D. Sol. mat.*) non satis est, dotem cautam sive promissam esse, vel etiam à marito confessam; sed oportet etiam re ipsa datam sive numeratam, & (ut loquuntur Interpp.) realiter illatam esse ad virum. *l. 1. & t. t. C. d. dot. caut. non num. Mynsing cent. 1. Obs. 61.* Impp. vocant *dotem corporaliter traditam*, in *l. 9. si quis posthac. Cod. d. bon. proscript.* Ad petitionem tamen dotis id est ad hoc, ut maritus eam primò exigere possit ab jis, qui illam promiserunt sive constituerunt, sufficit sola promissio. *d. l. 6. ad exactionem. C. d. dot. promiss. l. 1. § pen. ff. d. collat. dot.* Fingitur enim intervenisse stipulatio. *l. unic. C. de rei uxor. actione. & §. fuerat. Inst. d actionib.* Ac omninò diligenter distinguendum est inter has duas de dote actiones: petitionẽ, quæ datur marito contra promissorẽ, ad exigendã dotẽ: & repetitionẽ, quæ datur uxori, vel ejus patri, vel alteri promissori dotis cõtra maritũ vel ejus heredes ad dotẽ repetendã soluto matrimonio. Quas inter actiones rectè etiã distinguit Oldẽdorpius *class. 4. act. 26.* & infrà admonebo, cũ de actionib. tractabo. Potest etiã definiri dotis datio, ꝙ sit *Contractus re initus, quo maritus obligatur ad*

dotem acceptam, soluto matrimonio restituendam. Sed hæc definitio ferè ex suprà dictis intelligi potest; unâ & alterâ exceptâ particulâ; ut de restitutione; cui scil. illa sit facienda, sive quis habeat actionem de dote repetenda. Qua de re explicatur *ad l. 6. jure succursum. ff. d. jur. dot. l. 2. l. 6. Avia. cum l. seq. & ad l. 19. & l. 26. si genero. C. eod. t. & ad l. unic. C. de rei uxor. act.* Ad eandem clausulam hoc quoque notandum est: non semper obligari maritum ad restituendam dotem. Nam primò retinet ac lucratur eam, si culpâ uxoris matrimonium fuerit dissolutum, puta ipsius adulterio, vel alia simili caussa, quales enumerantur *in l. 9. C. d. repud. Videatur l. 24. si dotem. C. de jur. dot. & Henning. à Gœden. consil. 13. num. 26. & cons. 105. num. 30.* Deinde maritus lucratur dotem, si tale pactum in continenti sive initio contractus apposuerit. Tertiò, si tale sit statutum, vel talis consuetudo in regione frequentetur, ut maritus lucretur dotem. Deinde circa restitutionem dotis hoc quoque observandum, quod maritus hac actione conventus, non teneatur in solidum; sed quatenus facere potest deducto, ne egeat. Qua de re explicatur *in §. Item si de dote. sub finem. Inst. t. d. action.* Ubi tractatur etiam de aliis hujusmodi personis, quæ non in solidum condemnantur. Illud quoque notandum ad verba, *soluto matrimonio*; quamvis regulariter tum demum dos repeti possit: quia videlicet eo tempore dos incipit sine causa esse penes virum; quippe cum jam cessent onera matrimonii, ob quæ faciliùs toleranda dos fuerat data: interdùm tamen etiam constante matrimonio eam repeti posse, videlicet, si maritus vergat ad inopiam; sive facultatibus labatur. Idque & utroque jure cautum est, & consuetudine receptum; optima sanè ratione; quia melius est in tempore consulere mulieri, ut dotem suam habeat salvam, quàm exspectare infelicem exitum, & post caussam vulneratam, ut dicitur, serò remedium quærere. *arg. l. ult. C. In quib. causis in integ. restit. necess. non est.* Videatur *l. 24. in pr. ff. solut. matrim. & l. 29. ubi adhuc. C. d. jur. dot. cum authen. subject. & c. per vestras. Extra d. donat. int. vir. & uxor. Andr. Gail. lib. 2. Obser. 83.*

Nunc, priusquam transeamus ad divisionem sive species dotis; separanda est dos à Cognatis quibusdam rebus. Tales sunt 1. *Sponsalitia largitas*, quo verbo significantur munera, quæ inter Sponsos dantur, item *arrhæ Sponsalitiæ*: alio nomine etiam *Sponsalia* dicuntur. *t. t. C. d. Sponsal. cum 3. seqq.* Ubi videatur Cuiacius *in parat.* Jus autem hujus quàm sit diversum à dote, cuivis obvium est, & ex dd. ll. facilè peti potest. 2. Cognata est doti *donatio propter nuptias*, quæ olim dicebatur *Ante nuptias*. Hæc velut ex altera parte respondet doti: Unde etiam *Antipherna* appellatur, q. d. *contra-dos*. Germani vocant Gegensteuer / oder Gegenvermächtniß. Nam sicut mulier vel alius pro ea, & maximè pater, (cujus est officium dotare filiam, & quidem ex suis bonis, pro modo facultatum, & pro dignitate natalium sive familiæ. *l. 60. & l. 69. cum post. § genero. & § seq. ff. d. jur. dot. l. 43. ff. d. legat. 3.* adeò ut etiam à magistratu ad hoc cogi possit. *l. fin. C. d. dot. promiss. & l. 14. neq; mater. ff. d. jur. dot.*) sicut, inquam, illi dant dotem: sic maritus, vel ejus pater, vel alius, dat hanc donationem propter nuptias: de qua agit etiam Imperator, præter *d. t. C. de donat. ant. nupt. in §. est & aliud. Inst. d. donationib* & in *Nov. 38. & Nov. 97. & Nov. 119.* Cuiacius *in part. Cod.* eleganter vocat donatio-

R 3 nem

nem propter nuptias, *Amussim*, *Examen*, *Levamentum Dotis*: propter illam scilicet æqualitatem, quâ vulgò interpretes dicunt eam pari passu cum dote ambulare. In Pandectis sanè hoc genus donationis nusquam nominatur: quia JCtis veteribus ignotum fuit; demum per constitutiones Principum, & quidem Juniorum, ut loquitur Imperator id est posteriorum, introductum.

Hæc duo conveniunt 1. in eo, quòd tam donatio propter nuptias, quàm dos, potest constante matrimonio & primùm constitui, & augeri quoq;. *l. penul. & fin. C. d. donat. ant. nupt.* & §. *est* & *a. l. ud. Inst. d. donat.* tametsi aliàs simplices donationes inter conjuges regulariter sint prohibitæ. *t. t. ff.* & *C. d. donat. int. vir.* & *ux.* 2. conveniunt in eo, quòd sicut nomine dotis habet mulier tacitam hypothecam in bonis mariti. *l. unic.* § & *ut plenius. C. d rei uxor. act.* & *ib. d. Accursius*, & *l. fin.* §. 1. C. *qui potior. in pign hab.* ita etiam pro conservanda donatione propter nuptias. 3. Sicut dos amittitur culpâ uxoris; ita & hæc donatio culpâ mariti perditur. 4. Sicut pacto vel consuetudine effici potest, ut dos cedat lucro mariti, ita etiam ut hanc donationem lucretur uxor.

Differunt tamen hæc duo in multis aliis: V. G. 1. in eo, quòd dos à parte uxoris: donatio autem ista à parta viri datur: Tametsi moribus veterum Gallorum à marito dos data fuerit, teste Jul. Cæsare *lib. 6. commentar. de bello Gallico.* 2. differunt fine. Nam dos datur marito, propter onera matrimonii, & ut fructus inde percipiat, suosq; faciat, ut supra dictum est ex *l. 7. ff. d jur. dot.* Sed donatio ista propter nuptias assignatur uxori, ad securitatem dotis: & ut sit quasi hypotheca quædam, quã soluto matrimonio restituat marito ejusq; heredibus, posteaquam ipsi de dote satisfactum est: ut notat VVesenbecius *in parat. d. jur. dot.* 3. differunt, quo ad restitutionem. Dos enim restituenda est mulieri, vel alteri qui eam sibi reddi pactus vel stipulatus est: Donatio autem ista reddi debet marito, vel heredibus ejus. Sed de donatione propter nuptias, ejusq; jure videri possunt, quæ diligenter scripsit clariss. Collega noster, Scipio Gentilis. *lib 4. d. donat. int. vir.* & *uxor. cap. 16.*

Tertiò cognationem habent cum Dote bona mulieris alia, quę extra dotem habet, atq; ad maritum affert. *Parapherna* vocantur, vocabulo Græcæ originis, quod in jure quoq; nostro tribus in locis reperitur. ut *in l. 8. hac. lege.* & *l. fin. C. d. pact. cõvent. tam super dot.* & *in l. 9. si ego. §. cæterùm. ff. d. jur. dot.* Dicuntur autem *Parapherna* 4. præterdotalia, Germanis nostris sunt Nebengüter / Item Einshandgüter. Papinianus *species extra dotem* appellat, *in l. 31. donationes. §. 1. ff. d. donationib.* Potest quidem uxor nubendo universa bona sua marito in dotem dare: ut est *in l. 72. mulier. ff d. jur. dot.* Idq; nulla lege facere prohibitur, teste Imp. Alexandro *in l 4. C. d. jur. dot.* & Andr. Gailio *lib. 2. Obs. 82.* Idq; etiam bonum id est consultum esse censent Impp. *in d. l. 8. C. de pact. convent*, quia scilicet, cùm mulier se ipsam suumq; corpus marito committat: quæ ratio est, nolle pati, ut per eundem etiam res ipsius gubernentur? Veruntamen si ita placeat mulieri, aliquas res extra dotem sibi retinere, nec omnia bona in dotẽ dare, mos ei gerendus est: cùm quilibet rerũ suarum moderator sit & arbiter, possitq; eas vel retinere, vel alienare. *d. l. 8.* & *l. 21. in re mandata. C. Mandati.* Dicuntur verò Parapherna etiã *peculiũ mulieris*, vocabulo Gallico, ut ait Ulpian. *in d. l. 9. ff. d. jur. dot.* Ex quo apparet, nõ esse verã distin-

ctionem

ctionem quorundam: qui putant, parapherna dici *bona extra dotem* eo casu, quo utenda fruenda dentur marito: *peculium* verò, si serventur & possideantur ab ipsa uxore. Ulpianus certè *in d.l. 9.* ejusmodi discrimen minimè agnovit.

Differentia *Paraphernorum* à *Dote* manifesta est. Nam dotis dominium transfertur in maritum, & hic dotis est dominus constante matrimonio. *l.13. dotale prædium. §.2 ff. de fundo dotali.* Unde & rei vindicationem habet: quæ actio non datur, nisi domino. *l.9. doce. Cod. de rei vind. & l.22. in rem actio. ff. de rei vind.* Sed Paraphernorum dominium non transit in maritum; nisi hoc ipsum agatur inter conjuges, ut mariti efficiantur. *d l.9. si ego §. cæterum. ff. de jure dot.* Alioqui maritus nolente uxore ac prohibente ne quidem administrationi illorum bonorum sese immiscere debet. *d l.8. C. de pact. convent.* tametsi ut procurator & tanquam persona conjuncta possit exercere actiones illorum bonorum nomine, aliquando quidem cum cautione sive satisdatione de rato; aliquando etiam sine ea admittendus. *lege vigesima prima, Maritum. C. de procurat. & l. fin. C. de pact. convent.* Quarum legum contrarietatem pulchrè conciliat D. Giphanius, *ad d. l. maritum. C. de procurat.* aliter quàm vulgò DD. qui ut hanc ἀντινομίαν dissolverent, excogitarunt discrimen inter bona mulieris *parapherna*, quæ ipsi vocant *Paraphernalia*, & inter bona *Receptitia*. Sed hoc discrimen planè esse commentitium, & *Parapherna* à *Receptitijs* non differre, nisi nominis sono, docet idem Giphanius *d. loco.* Quid enim sunt Receptitia bona, nisi Parapherna, quæ mulier extra dotem sibi peculiaria recepit ac reservavit? Et quid sunt Parapherna, nisi bona receptitia mulieris? Quamvis inter illa etiam Mynsingerus & Gailius *in Observationib.* & Hotomannus *in tract. de dotib.* cum Bartolo & vulgo distinguant. Notanda est autem ex *d. l.9. ff. de jure dot.* memorabilis consuetudo Romæ frequentata, quâ solebant plerunque res extra dotem ad se allatas ab uxoribus, id est, parapherna vel receptitia bona, in libellum conferre, id est, annotare sive describere vel consignare; quod alibi dicitur, in testatum redigere. *leg. 1 §. rectè. ff. usufruct. quemadmod. cav.* German. eine Verzeichnuß oder Inventarium. Quæ annotatio non eò pertinebat, ut res illæ fierent mariti propriæ, vel in dominiũ ejus transirent; sed potiùs probationis causa, ut scilicet separato posteà matrimonio, inde constare posset, quid quantumque esset illatum, si fortè negaretur.

Cum autem paulò antè dixerim, *dotem esse in dominio mariti*: ea occasione moveri hic posset nobilis illa disputatio: An & quatenus hoc verum sit? Constat enim alibi in legibus dici, quòd dos proprium sit patrimoniũ mulieris, & in ipsius dominio maneat. *l.75. in pr. ff. de jur. dot. l.30. in rebus. C. eod. t. l.3 §. ergo. ff. de minor. l. unic. §. fin. C. de rei ux. act. & alibi.* Illud quoque constat, non posse duos ejusdem rei dominos esse in solidum. *l.5. §. fin. & ibi Accurs. ff. commod. l.19. §.3. ff. de castrens. pecul.* Quare si uxor est domina dotis, (sicut est) non potest esse maritus quoque ejusdem dominus. Sed cum hujus rei explicatio & antinomiarum dissolutio hoc loco nimis longa & aliena quodam modo futura sit; videri potest Giphanius *ad d. l.30. C. de jur. dot.* & Henricus Bocerus *ad h.l.*

Nos potiùs pergamus ad alias res, quæ cum dote cognationem quandam habent. Sicut autem priores illæ res jure nostro sunt receptæ: ita sequentes ferè moribus sunt introductæ: ut *Morganatica*, sive *Morgengaba*: ut *Dotalitium*

five *Doarium*, Germ. Leibzucht: Item, Leibgeding: ut *Iocalia*: ut *Gerada*. De *Morganatica* dixi in *partit. Feud. libr. 1. cap. 11. quæst. 3. & lib. 2. c. 3. q. 31.* vocabulum esse Longobardicum, significans munus q matutinum, quod novus maritus novæ nuptæ dat pro prima nocte, sive pro concubitu, & quasi pro præmio depositæ virginitatis, solutæque zonæ virgineæ. De hac videatur Daniel Mollerus *lib. 1. semest. c. 32. & lib. 2. semestr. c. 43.* & Scipio Gentilis, *in tractat. de donat. inter vir. & uxor. lib. 1. cap. 1. & maximè l. b. 2. c. 23.* Huic Morganaticæ simile est illud munus, quod ὑπόβολον vocant Græci. De quo videatur Cujacius in *comment. Feudor.* & Petrus Victorius in *varijs lectionibus*. *Dotalitium* vocant eam speciem donationis, quâ maritus uxori partem aliquam bonorum suorum assignat: tùm ut pro dote quasi hypothecæ jure habeat obligatam eam: tùm ut post mortem suam consequatur vel usumfructum eorum, vel etiam plenam proprietatem. Priore casu vocant Leibgedinge. Videatur Wesembecius *in Paratitl. ff. de jur. dot.* & Mich. Teuberus *in quæst. jur. Civil. & Saxon. lib. 1. quæst. 30. num. 60.* In Jure Canonico nominatur *Dotalitium* duobus ferè in locis, quod meminerim, ut *c. ex parte. extr. de foro compet.* & in *c. plerunque. extr. de donat. inter vir. & uxor.* Alio nomine à DD. vocatur *Doarium*. *Iocalia*, à joco seu ludo sic dicta, sunt quasi festiva & hilaria munera, quæ pertinent ad ornatum muliebrem: de quibus idem Clariss. Scipio Gentilis *lib. 2. d. tract. c. 25.* *Gerada*, (cujus multus est usus inter Saxones) significat supellectilem sive utensilia; hodierno idiomate Gerethe: ut videre est apud Thomingium & Hartmannum Pistoris *in qq. juris*. nec non apud Mollerum *in semestrib.* & Wesenbecium *in consil. js.* His addendum est illud genus, quod vocant ijdem Saxones Mußtheyl. De quo idem Teuberus, *quæst. 17. libr. 1.* & Mollerus *libr. 3. semestrium, c. 24.*

Postremò Doti etiam comparari solent *Legitima* & *Alimenta*: ut videre licet apud Nicolaum Eberhardum *in Top. Legal. in loco à dote ad alimenta*, & apud Wesembecium *in parat.*

Sequuntur DIVISIONES Dotis. Prima itaque divisione Dos vel est *Profectitia*, vel *Adventitia*: quæ duæ species conjunctim nominantur *in l. 4. Cod. de collat.* *Profectitia* dos est, quæ à patre vel parente paterno, id est, avo, proavo, &c. profecta est de bonis ejus, ut Ulpianus definit *in l. 5. in princ. ff. de jur. dot.* Ubi per totam legem, (quæ quidem bene longa est) multis modis & exemplis declarat, quot modis fieri possit, ut dos sit profectitia. Videatur etiam idem Ulpianus *in fragm. tit. 6.* Hujus generis hæc est natura & proprietas, ut soluto matrimonio revertatur ad patrem. *l. 10. in fin princ. ff. soluto matrim.* Quæ est enim invidia, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? ut ait Imp. *in §. quod nobis. Instit. per quas person. acquir.* q. d. æquissimum est, ut talis dos ad eum redeat, à quo est profecta. Est & altera ratio, quam reddit Pomponius *in l. 6. ff. de jur. dot.* ut amissâ filiâ, dos patri reddita, loco solatii cedat: ne alioquin & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat. Et quidem tacitam ex stipulatu actionem habet pater ad dotem repetendam. *l. un. § ult. in fin. C. de rei uxor. act.* Sed tamen hæc actio & repetitio patris inhiberi potest per pactum, quo convénit, ut uxore in matrimonio defuncta dos penes maritum remaneat: ut est expressus textus *in l. 6. si convenit.*

C. de:

C.d. pact. convent. tùm sup. dot. 8. Ratio est: quia expressi pacti meritò major vis esse debet, quàm tacitæ stipulationis: tametsi aliàs major inesse soleat vis stipulationi, quàm pacto; si videlicet utrumque sit expressum. Deinde, quia pater potest jus suum, quod habebat, circa dotem repetendam, deterius constituere vel remittere paciscendo. *d l.6.C.d.pact.conv.& argum l pen.C.d.pact. Adventitia* dos illa est, quæ ab aliquo extraneo, qui non sit pater, vel avus, vel proavus paternus, constituitur, ut à matre, ab avo materno, à fratre, & denique à quovis alio: etiamsi nullo cognationis vinculo Sponsum attingat. *d.l.unic.§ accedat.13. C. d. rei uxor.act.* In hac specie dotis, ut eam repetere possit is, qui dedit pro muliere, opus est expressâ stipulatione, vel pacto ab ipso interposito in dote danda. Nam tacita stipulatio hic non sufficit, neq; præsumitur intervenisse, ut in priori casu. *d. §. accedat.in l.unic.C.d.rei uxor.act.* Ideoq; si nihil convenerit, neq; stipulatione neque pacto, de dote reddenda extraneo; manebit illa, quasi donata esset, penes mulierem, vel virum, vel heredes alterutrius: tametsi aliàs regulariter donatio non præsumatur *l.cum de indebito.ff.d probat.& l.7.ff.de donat.*

Secunda divisione, Dos vel est *Inæstimata* vel *Æstimata. l.1. C. de jur. dot. & aliis legibus, quas paulò pòst allegabo. Inæstimatam* dotem vocamus, quando res simpliciter, nullâ factâ æstimatione, marito in dotem datur. *Aestimata* dos dicitur, quando res cum æstimatione seu definitione certi prætii, in dotem datur: v.g. servus decem vel viginti aureis: tres boves sexaginta aureis: domus sexcentis, vel mille aureis, item fundus ducentis aureis, &c. Plurimum v. quo ad jus interest, hoc an illo modo dos alicui detur. Nam si dos inæstimata sit; tum sive res dotales fiant deteriores, periculum est mulieris; sive res fiant meliores & auctiores, commodum similiter ad mulierem redundat, ut est textus expressus *in l.6.in pr.ff.d.jur. dot.* Si autem æstimata sit; tunc maritus & commodum ejus sentit & dispendium subit, & periculum exspectat, si res vel augeatur, vel deterior fiat, vel etiam planè intereat. *d.l.unic.§.cumq; ex stipulatu.in fi.C.d.rei uxor.act.& l.10.plerumq;.in pr. ff.d.jur.dot.* Ratio hujus differentiæ est: quia æstimatio est instar emptionis, & qui rem æstimatam accepit, ejus pretii debitor est, sicut emptor. *d.l.1.& l.5.& l.10.cum dotem. C.d.jur.dot. l.3.ff. Locati. cum similib.* Sicut ergo periculum & commodum rei venditæ pertinet ad emptorem; posteaquàm perfecta est emptio & venditio. *§.cum autem I.d.empt.& vend.& tit.ff.& C.d.periculo & commodo rei venditæ*, sic etiam harum rerum, quæ cum æstimatione in dotem datæ sunt, ad maritum spectat & periculum & commodum. *d.l.unic.§.9.in fin.C. d. rei ux. act.* Cui consequens est; quod plerunq; magis expediat marito, ne fiat æstimatio dotis; ne videlicet periculum ad ipsum pertineat; sed potiùs ad uxorem, vel eum, qui eam dedit, sibique reddi stipulatus est, *d.l.10.ff.d.jur dot.* Hæc igitur est prima differentia inter Dotem æstimatam & inæstimatã. Est & altera differentia, quæ cernitur in restitutione. Nam si dos in æstimata fuerit data; soluto matrimonio restituenda est in ea ipsa re, quæ data erat; non autem in alia, nisi fortè volenti. Invito enim aliud pro alio solvi, vel res pro re dari non potest. *l.16. eum à quo. & l. seq. Cod. de solut. & init.t. Inst. quib. mod. oblig. tollit. & ibi DD.* Sin autem æstimata

S fuerit.

fuerit dos, & quæratur, quid restituendum sit, tali distinctione utemur, autore Ulpiano *in l.10.plerunq;. §.fin. ff. d.jur. dot.* Aut nihil dictum est, vel cautum, in danda dote de eo, quid reddi quandoq; debeat; sed simpliciter dos æstimata data est; & tum electio erit mariti; utrum ipse malit rem, quam accepit, an pecuniam pro ea reddere. Magis enim hic favendum est debitori, quam creditori; qui sibi debet imputare, quod non apertius legem dixerit contractui, sibique melius prospexerit. *arg. l.39. veterib. D. de pact. & l. 2. Labeo D. de contrah. empt.* Aut convenit aliquid de electione. Tunc siquidem convenerit, ut uxoris esset electio, rem aut pretium, utrum ipsa mallet, maritus redderet; tunc in arbitrio erit uxoris, utrum malit petere. Hinc enim vim habet pactio, per quam sibi hanc eligendi facultatem expressè reservavit, consentiente marito; qui proinde non potest posteà à tali pacto resilire: *argum. l. 5. sicut. C. d. Obl. Act.* Sin autem convenerit, ut mariti esset electio, & hic redderet, utrum ipse mallet: tunc maritus eliget, & dabit pro suo placito vel rem, vel pretium rei: tum quia sic convenit, & pacti fides servanda est: tum quia in alternativis aliàs quoque electio est debitoris: ut habet regula Juris *in c.70. In alternativis, & ibi latè Petr. Peckius de Reg. Jur. in Sexto.* Atque secundum hanc pulcherrimam distinctionem Ulpiani, intelligenda est etiam *l. 5. quoties. C. d. jur. dot.* quæ continet rescriptum Imp. Alexandri, cujus tutor fuit Ulpianus, & ab eodem Imp. Parens appellatur, *in l. 4. C. Locati.* De qua re & supra dixi *in προλεγ. histor. ad hanc legem* Hæc de Dotis divisione in eam, quæ est æstimata, & quæ inæstimata est.

Quod si quis ex nobis quærat, an h. l. de utraque specie dotis intelligenda sit: an de altera tantùm, & de utra harum duarum? Respondebimus cum Ant. Contio, & Constant: Harmenopulo, tantùm de dote inæstimata hanc legem loqui. De æstimata enim non potest esse verum, quod in regula nostra dicitur: quia in hac specie maritus, tanquam emptor, etiam periculum rei dotalis præstat, ut supra dixi, ex *l. unic. §. 9. in fin. C. d. rei uxor. act.* Inæstimatæ verò dotis periculum ad maritum non pertinet.

Sequitur jam, ut nonnihil etiam de illa specie Dotis dicamus, quæ appellatur ab interpretibus *Dos Congrua.* De hac videantur DD. *at Auth. Res quæ, C. Comm. de legat.* Ubi hanc appellationem sumpserunt ex illis verbis textus, [*pro modo honestati personæ congruo*] Videri etiam potest Parisius Cardinalis *in consil. 63. n. 50. & 5. seqq. & consil. 81. n. 49. vol. 2. consil. 26. n. 88. & seq. vol 3.* Quibus in locis docet, ad hoc, ut dos possit dici *Congrua,* & *Competens,* hæc potiss. quatuor considerari. 1. qualitatem & dignitatem personæ dotantis. 2. personæ dotatæ. 3. facultatem seu vires patrimonii. 4. consuetudinem regionis in similibus personis vigentem. Quæ si negligantur vel omnia, vel aliqua; dos erit excessiva.

Nunc post divisiones, aliasq; προθεωρίας non inutiles, videamus ipsam regulam, quid, inquam, & cur, maritus in dote præstare debeat. *Dotis* igitur *datio* (qui est contractus re initus, perinde ut mutuidatio, vel arrharum, & cæteri similes) *recipit dolum & culpam; non etiam diligentiam; multoq; minus periculum sive casum fortuitum:* sive (ut aliis verbis eandem rem paulò uberius explicem) *Mari-*

Maritus in re dotali sibi datâ præstare debet uxori & aliis, qui dotem sibi reddi stipulati vel pacti sunt, dolum, latam culpam, & levem culpam : non etiam levissimam : non casum fortuitum. Probatur hæc regula non tantùm per *h.l. nostram*, sed aliis quoq; multis in locis juris, ut in *l.ita.§. nunc videndum.v sed ubi utriusq;, & l.18. in rebus. in pr. ff. commod. it. in l. 17. in rebus. ff. d. jur. dot l.18 §. licet: & l.24. si constante. §. si maritus. cum l. seq. § maritum. l. Mævio, in pr. & §. 1. l. penult. & l fin. ff solut. matrim* Dixi : *In re sibi data.* Nam si tantùm promissa, sive ut veteres loquebantur, dicta, nec data, sive re ipsa illata sit ; non videtur maritus eadem illa præstare debere : nisi fortè per ipsum steterit, quò minùs dos promissa ipsi daretur ; si, inquam dolo vel culpa suâ eam non receperit, ut annotat Delrio : cui assentior: ea motus ratione, quia sicut qui dolo desiit possidere, pro eo habetur, ac si adhuc possideret (Dolus.n. pro possessione est, *l.12 quod si dolo. l.25. is qui. l 27. si autem. §. 1. l.36. qui petitorio, cum simil. h. ff. d. rei vindic.*) Ita etiam qui dolosè impediit atq; obstitit, quò minùs inciperet possidere, similiter tenetur, ac si possideret. Ratio regulæ est, quia in hoc contractu versatur utriusq; conjugum utilitas, tàm uxoris, quàm mariti. Uxoris quidem : ut tantò faciliùs inveniat honestam conditionem, & maritum, cui nubat : cùm nemo facilè reperiatur, qui velit ducere indotatam. Tametsi Megadorus apud Plautum *in Aulul. act. 3. scen. 5.* putet, melius cum rebus humanis actum iri, si indotatæ nubant fœminæ; addita hac ratione, quia quæ indotata est, in potestate sit viri; dotatæ autem malo & damno mactent viros. Sed hoc apud JCtos & in vita communi est παράδοξον : ubi longè est præstabilius, fœminas esse dotatas; non solùm ut viros reperiant : sed etiam ut unà cum liberis ab iisdem alantur ; ad quod marito serviunt fructus dotis, ut suprà dixi : adeoq; maritus dicitur decipi, si fortè, cum dos ipsi esset promissa, cogatur indotatam habere uxorem. *l. 9. si donatum sit. §. 1. ff. d. condict. causa dat.* Atq; hinc non solùm fœminæ interesse, & maximè quidem, ut habeat de dote actionem, scribit Cajus *in l. 69. servo legato. §. si testator.2 ff. d legat.2.* Verùm etiam reipub. interesse, ait Paulus, mulieres dotes suas salvas habere. *l. 2 ff. d. jur. dot.* & Pomponius *in l 1. ff. sol. matrim.* publicè interesse, dotes mulieribus conservari : & maximè necessarium esse, ut dotatæ sint fœminæ, ad sobolem procreandam, replendamq; liberis civitatem. Mariti verò utilitas in dote versatur ; ut tantò leviora ipsi fiant onera matrimonii, dum fructus ex dote percipit Atque ex his facilè est jam respondere ad rationem dubitandi sumptam ex *l. 17. in rebus. in pr. ff. d. jur. dot.* dum Paulus ait : Maritum caussa sua dotem accipere : ex quo dicendum videbatur, ipsum non modò dolum & latam ac levem culpam, sed insuper etiam levissimam præstare oportere ; perinde ut in commodato. *l. 5. §. nunc videndum. v. commodatum. ff. commodati. & l. 18. in rebus. in pr. ff. eod. t.* Sed dicendum est : non loqui JCtum exclusivè : quasi scil. maritus tantùm sua caussa, & ad suam solius utilitatem, accipiat dotem : Ideoq; quod ibi omittitur, nempe & sua & uxoris caussa simul dotem eum accipere ; id aliis ex locis est supplendum.

Examinemus eâdē operâ etiam alia, quæ regulæ nostræ ADVERSARI videntur : deinde & exceptiones subjungamus. In primis objicitur *ex eadē l.17. In reb. ff. d. jur.*

dot. quob dicitur ibi, maritum etiam diligentiam in rebus dotalibus præstare debere. Si igitur etiam diligentiam præstat; certè de levissima quoque culpa tenetur. Nam diligentia in talibus locis, quando subjicitur post culpam, solet usurpari pro ea diligentia quæ est exactissima, & cui opponitur culpa levissima; ut rectè hic monet Anton. Contius; & dixi *suprà, dum explicarem d. gradib. sive speciebus culpæ.* Petrus Faber lectionem ibi mutat, & pro *Etiam*, reponit *Eam*: qua mutatione licet admissa, tamen non video, quo pacto satisfaciat objectioni. Alii retinent *Etiam*; & respondent, interdum ex accidente hoc fieri, ut maritus in re dotali de levissimâ quoque culpâ teneatur; nempe si in suis ac propriis rebus diligentissimus esse solet: quia scilicet vix effugere possit suspicionem doli & fraudis, vel certè latam culpam, si non æqualem, sed minorem adhibeat diligentiam in rebus dotalibus quàm in propriis: *argum. l. quod Nerva. 32. ff. de posit.* Ita ferè respondet Delrio hic. Sed Eguinarius Baro, quem & Ant. Contius hic refert, putat hoc in mariti persona non esse asscribendum dolo aut latæ culpæ: sed tantùm levi: si in suis quidem rebus sit diligentissimus, in dotalibus autem non æquè. Idemq; hoc putat potiùs asscribendum esse latæ culpæ in marito, si negligentissimus cùm esset in rebus propriis, tamen adhuc sit negligentior in rebus dotalibus. Quicquid sit: illud extra controversiam est; uxorem à marito eam demum diligentiam in rebus dotalibus exigere posse, quam ipse rebus suis exhibet: ut est expressum *in l. si constante. 24. § 5. si maritus. ff. soluto matrimon.*

Alia objectio sumi potest *ex l. 18. §. 1. ff. solut. matr.* Nemo in rebus suis præstat culpam: quia unicuique licet in re sua esse negligenti. *l. In re mandata. 21. C. mandat.* Atqui res dotales propriæ sunt mariti: quia videlicet & rei vindicationem sive actionem de proprietate earum nomine exercet. *l. 9. Doce C. de rei vindic.* & rectè manumittit servos dotales. *l. 3. & ibi gloss. C. d. jur. dot.* & habet actionem furti de surreptis rebus dotalibus. *l. 11. de his C. d. t.* Quæ omnia non nisi dominis competunt. Ergo maritus de nullâ culpâ, sed tantùm de dolo tenetur. Respon. 1. Dominium rerum dotalium non per omnia esse mariti; ut latè demonstrat Giphanius noster, *ad l. 30. In rebus. C. d. jur. dot.* 2. Res dotales non verè, nec naturaliter esse mariti, sed tantùm civiliter, sive fictione juris. *d. l. In rebus. C. d. jur. dot.* nec in perpetuum, sed ad tempus duntaxat: nempe quàm diu constat matrimonium. Ideoque non est mirum, si marito non tantum liceat in illis rebus, quantum in propriis. Quod ex eo quoque perspicuum est, quia maritus non ut proprias res alienare potest, ita etiam dotales. Obstat enim huic alienationi Lex Julia de Fundo Dotali. Etiamsi igitur vir in rebus propriis sit negligens, neque hujus negligentiæ rationem cuiquam reddere compellatur: tamen in rebus dotalibus negligentia mariti non debet nocere uxori; proindeque de ea tenebitur.

Sequuntur aliquot à regula EXCEPTIONES: Quarum prima hæc est: Maritum teneri tantùm de dolo, si mulier moram commiserit in dote recipienda. *l. 9. si mora. ff. solut. matr.* Cujus ratio est: quia mora cuilibet sua debet esse nociva: ut est *in c. mora. Ext. d. R. J. in sexto.* Secunda est: Maritũ teneri tãtùm de dolo; si quæratur in actione de dote, de eo, quantũ facere posit. Nã hic quoq;, si dolo ipsius factũ sit,

quò minus esset solvendo, tenetur in solidum. Si verò culpâ; non tenetur in solidum. *l.18. §. licet. ff. soluto matrim.* Tertia est: Maritum teneri etiam de levissima culpa, & de casu fortuito, si ipse moram fecerit in dote reddenda. Ita Anton. Delrio *hic, arg. l.5. ff. si cert. petat. & arg. l.23. si ex legati. ff. de verbor. oblig.* Ratio eadem est, quæ in prima exceptione reddita fuit. Quarta; Maritum quoque de levissima culpa teneri; si ipse in rebus suis sit diligentissimus: Qua de re jam suprà inter objectiones dictum est, id contingere ex accidenti potiùs, quàm ex natura hujus contractus. Quinta: Maritum præstare etiam casum: sive, ad ipsum pertinere interitum & periculum rei dotalis; quando res est ejusmodi, quæ constet pondere, numero, & mensura *l.42. Res in dotem. ff. de jur. dot.* Ubi etiam rationem reddit Cajus quia in hoc dantur res, ut maritus ad arbitrium suum eas distrahat; & ut quandoque soluto matrimonio alias ejusdem generis & qualitatis restituat; non verò easdem: Quasi dicat: Harum rerum datione in creditum itur, & quasi mutuum contrahitur. Jam verò in mutuo ita jus est, ut periculo accipientis sit res eique pereat. *l.11. Incendium. C. si certum petat.* Est enim talium rerum hæc natura, ut illis uti non possimus, quin simul abutamur, & consumamus eas: secùs, quàm sunt illæ res comparatæ, in quibus consistit commodatum: quarum potest esse usus, salvâ ipsarum substantiâ. Sexta: Casum fortuitum etiam præstandum esse, si dos æstimata fuerit data: Quod quare ita fiat; suprà exposuimus *in divisionibus dotis.* Septima exceptio est: Nisi pacto aliquid fuerit immutatum de communi natura hujus contractus, v.g. ut etiam culpa levissima à marito præstaretur: vel ut casus fortuitus & periculum omne rei dotalis ad maritum spectaret, etiam in dote inæstimata. Hoc enim generale est in quolibet contractu, ut natura ejus possit pactis conventis alterari, atque effici, ut plus minusvè præstetur, quàm fert natura communis & consuetudo illius contractus: dummodo ne sit pactum contra substantiam illius, vel contra bonos mores: quale est v.g. si maritus pacto promittat, se in solidum teneri velle in restituenda dote. Hujusmodi pactum, quo maritus renuntiat exceptioni, in quantum facere potest: (quam vulgò vocant *exceptionem competentiæ*) est improbandum. *l. 14 Alia causa. §.1. ff. soluto matrimon.* Ubi dicitur hoc pactum ideo esse reprobatum; quia contrarium sit receptæ reverentiæ, quæ maritis exhibenda est. Quæ ratio etiam redditur à Justiniano, *in l. unic. §.7. cum autem. C de rei ux. act.* His adjungenda sunt & alia quædam pacta legibus improbata, *ex l. 5. & l.6. ff. de pact. dotalib.* Ubi reprobatur 1. tale pactum; ne ob res donatas vel amotas agatur. Et ratio additur: quia altero pacto mulieres invitantur ad furandum. (Omne autem pactum, quod incitat ad delinquendum, est injustum) alterum verò pertinet ad impugnandum jus civile; quo scilicet prohibentur donationes inter conjuges: item *in d. l.6.* inutile pronunciatur pactum, ut maritus tantum de dolo teneatur. Illud autem pactum valere dicitur, ut dos sit periculo mulieris, quæ aliàs esset periculo mariti, & contrà.

Sequitur, ut pauca etiam dicamus de Actionibus Dotis nomine competentibus. Monui autem suprà, diligenter distinguendum esse inter actionem illam, qua petitur dos, & qua repetitur. Inter quas duas actiones etiam Paulus distinguit, *in l. sicut. 21. ff. de re judic.* Illa datur marito; hæc uxori; vel quisquis eam

ſibi reddi ſtipulatus vel pactus eſt, ſive expreſsè, ſive tacitè: quanquam in extraneo dotem dante opus eſt expreſsâ ſtipulatione: in dotante patre & muliere, pro qua dos datur ab extraneo, ſufficit tacita ſtipulatio *l. un. § pen. C. de rei uxor. act.* Illa datur tam ſoluto matrimonio, quàm eo conſtante; illa regulariter tantùm ſoluto matrimonio, non etiã conſtante; niſi eo caſu, quo maritus labitur facultatibus, & ad inopiam vergit *l. 24 ſi conſtante. in pr. ff. ſolut. matr. Gail. lib. 2. obſ. 83* Hoc autem loco potiſſimùm quærendum eſt de illa actione, qua dos repetitur. Olim ad dotẽ repetendam dabatur actio, quæ *Rei uxoriæ* dicebatur: cujus etiam Cicero *libr. 3. de off.* & Suidas *in lexico litera P.* mentionem facit. Sed hanc actionem ſuſtulit Juſtinianus, & pro ea ſubſtituit *Actionem ex ſtipulatu. l. unic. C. de rei uxor. act.* Rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actioné transfuſa *§ fuerat. inſt. de Actionib.* Ratio: quia hoc ſatis humanũ, ſatis pium, & ſatis utile matrimoniis viſum eſſe ait ipſe Imperator *in fin. d. l. unic.* Hodie igitur datur pro dote repetenda Actio ex ſtipulatu. Cum autem alias neque ulla ſtipulatio in toto jure tacita reperiatur: quia non poteſt confici ſtipulatio, niſi utroque loquente *l. 1. in pr. ff. de verb. oblig.* & hic requirantur verba expreſsa utrinque, tàm ex parte interrogantis, quàm ex parte reſpõdentis; unde & *verborum obligatio* dicitur. (Nemo autem tacens loquitur, niſi fortè nutu ſigniſque, ut ait Poëta: ſed hoc fit impropriè. Deinde cùm omnis ex ſtipulatu actio ſit alioquin ſtricti juris *l. 99. quicquid aſtringendæ ff. de verb. obl.* Duo hæc ſingularia jura introduxit Juſtinianus favore dotium. 1. Ut hoc ſolo caſu tacitè ſtipulatio interveniſſe intelligatur: ſicut etiam hypotheca tacita hic mulieri competit. 2. Ut actio ex ſtipulatu de dote haberet naturam judiciorum bonæ fidei *d. § fuerat. & d. l. un. C. de rei ux. act.* Nã cum rei uxoriæ actio fuerit b. fidei (ſicut etiã Cic. teſtatur, *d. l. b. 3. de off.* in arbitrio rei uxoriæ hæc verba maximè excelluiſſe [*melius & æquius*,] ad quam formulam etiam in jure noſtro alluditur: ut in *l. penult. § fin. ff. ſolut. matrim.* & in *l. 82. ſi cum Cornelius. in fin. ff. de ſolut.*) meritò etiam ea actio, quæ ipſi ſurrogata fuit, eandem naturam induere debuit. Nam ut vulgò dicitur: Surrogatum ſapere debet naturam ejus, cui ſurrogatur. Jaſon & Zaſius ad *d. § fuerat. Inſt. de Actionib.*

Videndum autem inprimis, cui hæc actio ex ſtipulatu pro dote repetenda detur, & contra quem detur. Datur ergo inprimis mulieri, ſi illa ſuperſtes ſit viro, vel ſi matrimoniũ alio modo, quàm morte, fuerit ſolutũ. Qui alii modi explicãtur *in l. 8. conſenſu. C. de repud.* Obſervanda aũt hic eſt differẽtia inter Dotẽ Profectitiã & Adventitiã. De illa namq; agit pater cũ cõſenſu, ſive ex volũtate filiæ; ut eſt *in l. 2. ff. ſol. mat.* De hac agit ipſa mulier, niſi fortè pater de dote pactus ſit aliud quidpiã, *l. 7. cũ dos. ff. de pact. dotal.* Aliquãdo igitur & patri, ſive ſocero cõpetit dotis repetitio; etiãſi nõ fuerit ſtipulatus eã ſibi reddi; ut eſt *in d. l. un. § pen. C. de rei uxor. act.* Sed quæret aliquis: Quid fiet de dote profectitia, ſi mulier in matrimonio defuncta ſuperſtites relinquat liberos? An tunc quoq; dos illa profectitia revertetur ad patrẽ, an verò potiùs manebit penes maritũ? Quæſtio hæc nobiliſſima eſt & antiquiſſ. utpote de qua jam olim diſſenſio fuerit inter Martinũ & Bulgarũ; quod didicimus ex Azone *in ſumma. C. ad tit. ſol. mat.* & ex Dd. *ad l. 4. C. eod. tit.* & ex antiquo gloſ-

ſato-

satore Pileo *in qq. aureis. q. 89.* Sed prævaluit sententia Martini cõtra Bulgarũ; nẽpe eo casu potiorẽ esse causã mariti, sive generi, quã soceri, à quo dos est profecta; & maritũ huic esse pręferẽdũ in dote retinẽda; ut latè examinat & discutit Antoninus Tessaurus *in eruditissimis decisionib. suis decis. 119. per totam.* Præterea datur actio ad repetendã dotẽ heredib. mulieris, si ipsa viro præmortua fuerit in matrimonio, neq; supersit pater, qui dotẽ profectitiã ad se retrahat. *d. l. unic. §. illo procul dubio. C. de rei ux. act.* ubi etiã additur exceptio, nisi maritus pactũ fecerit de dote lucrãda: qualia pacta solẽt frequentissima, & penè quotidiana fieri in instrumentis dotalib. tã in casum existẽtiũ, quã nõ existentiũ liberorũ, tametsi in priorẽ sæpius. Est & altera exceptio, nisi mulier ob adulteriũ à se cõmissum dotẽ perdiderit. Nam & hoc casu maritus illã lucrabitur, si nõ extent liberi *l. 8. consensu. §. 4. hæc nisi & §. seq. C. de Repud. l. 11. miles. §. 3. ff. ad l. Jul. de Adult. l. 24. si dotem. C. de jure dot.* quod etiã aliquot Novellis repetitur, ut *Nov. 22. & N. 118.* Ratio est, ut maritus habeat aliquod solatiũ violatæ ab uxore fidei cõjugalis & doloris ob eam sui, qui solet esse acerbissimus. *l. 39. si adulterium § Imperator Marcus. 8 ff. ad l. Jul. de adult.* Non enim soli Atridæ uxores suas amant, ut ex Homero proverbialiter dixit Sext. Cecilius, ex eoq; repetiit Ulpianus *in l. 13. si uxor §. 1. ff. d. t.* His & tertia addenda est exceptio, nisi consuetudo vel statutum in aliquo loco vigeat, de dote a marito lucranda, si uxor in matrimonio decesserit. Sed hic observandum, quod tale statutum recipiat interpretationem ex Jure communi, ne quid scilicet fiat contra constitutionem *l. hac edictali. C de secund. nupt. Gravetta de antiquitate temporum, parte 4 §. vid. arcus modo. num 49.*

Datur autem actio de repetenda dote vel adversus maritum cui data & illata est dos, vel adversus heredes mariti. Dixi, *C* [illegible]: Nam si tantum promissa, non autem numerata sit, non potest repeti vel reddi, quod non est datum, quo pertinet *titulus Codicis de dote cauta, non numerata.* Nam sicut is qui spe futuræ numerationis, nec tamen secutæ, dedit chirographum, habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. *t. t. C. de non numerata pecunia, & tit. Inst. de literarum oblig.* Ita etiam is, cui promissa sive cauta, non tamen numerata est dos, similiter habet exceptionem dotis non numeratæ, *d. t. C. de Dote cauta non num. & Nov. 100. de tempore non solutæ pecun. super dote.* Sed inter maritum ipsum, qui de dote actione convenitur, & inter heredes ejus extraneos, non parum interest. Nam maritus ipse non condemnatur in solidum, (idem & in socero juris est) sed in id tantum, quatenus facere potest, deducto ne egeat, sive ut salva habeat alimenta: adeoque (quod mirum est) ne quidem tunc in solidum obligatur, vel condemnatur, si pacto convenerit, ut in solidum condemnaretur: sive, etiamsi beneficio suo renunciaverit. *l. 14. § 1. ff. soluto matrimon.* Etsi enim unusquisque suo juri renunciare potest: ex quo dicendum videbatur etiam tale pactum valere: tamen quia contra bonos mores est, nempe contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est ab uxoribus, & ab his qui causam ab illis habent: ideo reprobatur hoc pactum, tanquam contra jus publicũ factum, cui privatorũ pactionibus derogari

gari

gari non potest. *d.l.4. §.1. ff. solut. matr. & l. unica. §.7. C. de rei uxor. actione. l.38. Ius publicum. ff. de pactis, cum similibus.* Hæredi verò mariti hoc beneficium non est præstandum. *l.12. maritum. l.13. quia tale. & l. seq. §.1. cum l.15. rei judicatæ. ff. soluto matrimon. l.8. nec maritus. C. eod. tit. l.20. Non tantum dotis. & l. seq. sicut autem. ff. de re judicata, dict. l. unica. §. cum autem in exactione. Cod. de rei uxor. actione.* Sed quod dixi; Idem juris esse in socero, id est, in patre conjugis mariti, quod in marito ipso: id verum est tantùm cùm de dote repetenda agitur: non etiam cùm de petenda. Nam tunc in solidum condemnatur: soluto videlicet non etiam constante matrimonio, ut est in *d.l.21. & l. seq. ff. de re judicata,* & in *l.15. rei judicatæ. §. ult. ff. soluto matrimon.* Ratio diversitatis inter maritum & heredem ejus extraneum; cur, inquam, ille gaudeat hoc beneficio, ut non ultra facultates condemnetur, sed quatenus facere potest, teneatur: heredi verò idem denegetur: ratio hæc est, quia marito debetur honor & reverentia maritalis: quæ est causa illius beneficii, sicut etiam in persona soceri, ut ex *dd. ll.* apparet. Extraneo autem heredi non debetur talis honor vel reverentia. Quare cessante ratione beneficii, meritò ipsū quoque Jus & beneficium cessare debet. Dixi de *herede extraneo,* eum in solidum condemnari, denegato hoc beneficio quod vocant *competentiæ,* ut scilicet non ultra facultates condemnetur. Nam aliud dicendum est de filiis mariti heredibus. Hi namque eodem beneficio cum patre suo gaudent. *l.18. Etiam filios. in pr. ff. soluto matrim.*

Atque hæc in præsentia sufficiant de Actione ex stipulatu pro dote repetenda: in quam venit non tantùm ipsius dotis restitutio, vel interdum pretii, in dote scil. æstimata: sed etiam fructuum soluto matrimonio perceptorum: secundùm distinctionem Papiniani *in l.7. divortio §. Papinianus. ff. soluto matr.* Item quidquid dolo vel culpa lata aut levi mariti admissum est circa rem dotalē, secundùm ea quæ superiùs tradita sunt *in expositione regulæ:* item quidquid cōprehensum est pactis licitis, & utilibus circa dotem. *t.t. ff. de pactis dotalibus. & t.t. C. de pactis conventis tàm super dote, &c.* Ubi obiter observandum, pacta dotalia, quatenus agunt de successione futura, tum demum valere & irrevocabilia esse, si posteriùs non fuerint mutata. Possunt enim mutari instar cujuslibet ultimæ voluntatis, quæ est ambulatoria, ut probat Matth. Wesenbecius *in paratitl.* & Joh. Fichardus *consilio 71. num.2. volum.2.* Item Joh. Sichardus *ad l. pactum dotale. num.6. C. de collationibus.*

Postremo loco hujus capitis, more nostro videamus pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS, sive de AFFINIBUS REMEDIIS. Igitur primò concurrit cum actione ex stipulatu etiam *Rei vindicatio.* Hæc enim datur domino: ut est *in l.23. in pr. ff. de rei vind.* Atqui dos semper remansit in dominio uxoris naturaliter, *l.30. in rebus. C. de jur. doti.* In qua lege notandum est, rei vindicationem appellari *in rem actionem,* videlicet κατ' ἐξοχὴν, ut etiam alibi, maximè *in d.l.23. in pr. de rei vindic.* eademque etiam *specialis in rem actio* appellatur *in l.1. §.1. ff. eod. tit.* Sunt enim plures in rem actiones: ut Publiciana; ut Confessoria & Negatoria: ut Serviana & quasi Serviana seu Hypothecaria: ut Pauliana; & similes: de quibus explicatur *in Instit. tit. de act. §.1. & aliquot seqq.* Secunda concurrens actio est

Hypo-

Hypothecaria.d.l. in reb. C. de jur. doti. l. ult. C. qui pot. in pign. habeantur. Nam cùm uxor habeat tacitam hypothecam, pro dotis conservatione, à jure ipso sibi constitutam ut in omnibus mariti bonis: potest per hanc actionem eam hypothecam persequi adversus quosvis illorum bonorum possessores. Nec tantùm dotis nomine habet mulier tacitam hypothecam, sed etiam pro paraphernis suis, sive pro rebus extra dotem ad maritum allatis. *l. ult. C. de pactis dotalibus.* de quibus suprà *hoc eod. capit.* dixi. Imò etiam pro donatione propter nuptias eam habet: ut probat Mynsinger *centuria 5. observat. 4. num. ult.* Hoc tamen interest, quod in dote mulier habet Jus seu privilegium prælationis, hoc est, ut præferatur omnibus etiam anterioribus, mariti sui creditoribus. *d. l. ult. §. 1. in verbis potiora jura contra omnes, &c. C. qui potiores in pign. habeantur.* Sed in paraphernis & donatione propter nuptias, idem privilegium uxor non habet; sed jure communi solùm gaudet, observatâ regulâ, quæ vult, ut prior tempore, potior sit jure. *d. l. ult. §. 2. hæc autem tantum. C. qui pot. in pign. Mynsing. d. centur. 5. observ. 4.* Ratio differentiæ est, quæ *in d. l. ult.* subobscurè indicatur; quia in dotis repetitione, mulier certat de damno vitando, id est, ne incidat in periculum amittendæ dotis, atque ita re sua defraudetur: sed in petendâ donatione propter nuptias sollicita est, de lucro captando. Semper autem qui certat de damno vitando, ei qui de lucro captando præferendus est. Sed hìc oritur vetus illa controversia, an uxor etiam anterioribus mariti creditoribus, qui expressam hypothecam habent, præferatur? Quam controversiam Accursius quoque attingit *in d. l. ult. C. qui potiores in pign.* ubi diversas opiniones refert. Sed secundùm opinionem Martini, nempe quod mulier creditoribus mariti omnibus, quamvis expressam hypotheam antiquiorem habẽtibus, præferatur; contra Bulgarum, qui contrarium volebat, judicatum esse in Camerà testatur *Mynsingerus cent. 4. obs. 13.* Videatur etiam Andr. Geilius *libr. 2. observ 25. num. 10 & obs. 81. num. 1.* Utriusque opinionis sectatores recenset Emanuel Zoarez *in thesauro receptarum sententiarum, lit. D. num. 303. cum duob. seqq.* Tertiò, concurrit cum actione ex stipulatu etiam Jus *retentionis*: hoc est, potest uxor, donec dos integra sibi restituatur, ab heredibus mariti, retinere bona defuncti mariti, eisque incumbere: ut probat Mynsing. *cent. 6. obs. 45. & obs. 72.* Quartò, aliquando etiam datur *Actio ex vendito*, ad pretium rei dotalis reddendum: si nimirum dos æstimata fuerit data: & quidem ad hoc, ut non res ipsa, sed pretium ejus redderetur. Ratio est, quia æstimatio instar venditionis obtinet, ut suprà dixi *in divisionibus dotis.* Quintò, concurrit etiam *Imploratio officij judicis, ad cautionem præstandam*: ut maritus, de quo periculum est, ne facultatibus labatur, caveat uxori de dote ipsi conservanda: *arg. l. in omnibus. 41. ff. de judicijs.* Joh. Oldendorpius *class. 4. act. 26. sub tit. affinia remedia*: apud quem plura videri possunt.

Ad extremum, quia varia sunt dotis privilegia, & multi favores in jure ipsis concessi, de his remitto auditores ad Commentarios DD. *ad l. 1. ff. soluto matrim.* & ad Joh. Petrum de Ferrariis, qui vulgò *practicus Papiensis* dicitur, *in forma libelli, quo agit uxor ad restitutionem dotis. gloss. 1.* ubi Quindecim enumerat privilegia dotis.

CAPUT UNDECIMUM
DE TUTELIS.

Habuimus hucusque plurima exempla, verorum contractuum: Deinceps sequuntur tria exempla Impropriorum seu Quasi Contractuum: nempe *Tutela*: *Negotia gesta*: & *Communio rerum*: cum qua similitudinis causâ conjungitur contractus *Societatis*. Jam verò supra monui, in hac lege nomen *Contractus* in principio positum latè sumi, ut etiam q. contractus complectatur: quod alibi quoque fit, ut *l. 49. ex contractibus ff. de oblig. & act.* ubi Paulus similiter contractibus subjicit Tutelam. Esse autem illos quos dixi, non proprios, sed quasi vel improprios contractus: notum est etiam ex *Inst. tit. de oblig. quæ ex q. contr.* & ex *l. 5. ff. de obl. & act.* Et Tutela quidem ideò non potest verus esse contractus; quia nullum negotium contrahitur inter tutorem & pupillū, ut inquit Imperator *d. loco, in pr.* ex Cajo *d. l. 5. §. 1. ff. de obligat. & act.* quasi dicat: Omnis verus & proprius contractus, requirit consensum inter contrahentes *l. in omnibus. ff. de oblig. & act.* Atqui in tutore & pupillo deest consensus. Ergo inter ipsos non est verus & proprius contractus. Major probatur, quia quoad tutorem, is velit nolit, cogitur esse tutor: adeoq; remediis prætoriis,) ut sunt mulctæ dictio, pignoris capio, & carcer) potest compelli: nisi justam & legitimam habeat excusationem. Est enim tutela munus pulchrum & necessarium. Deinde etiam quoad pupillum: quia is non eligit tutorem, neq; in eum consentit, sed incidit in ipsum, & ignorat omnia: ut ait *l. ult. ff. rem pupilli salvam fore*: nec velle nec nolle creditur in ea ætate: ut est *in l. pupillus infrà h. t.* Imo etiam invito datur Tutor. *l. 6. ff. de tut. & curat. dat.* Observandum est autem, cùm Tutelam dicimus esse contractum, vel quasi contractum, tunc nos intelligere administrationem sive gestionem tutelæ: non ipsam tutelam: quia hæc non est contractus; sed vis & potestas, sive jus personæ, ut & Cujacius admonuit *in paratit. C de testamentaria tutela.*

Tutela, (ut de NOMINE primùm dicā) à *tuendo* dicta, idem valet quod defensio sive conservatio: quomodo *tutela ædificiorum* usurpatur *in l. 7. §. ult. ff. sol. mat.* qua videlicet sarta tecta ædificia præstantur & cōservantur. Sic alibi usurpatur *tutela viarum*. Sic *tutela navis* dicitur insigne ipsius. Sic Horatius *ep. 1. lib. 1.* Mœcenatem vocat *tutelam rerum suarum*: & Augustū vocat *tutelam præsentem Italiæ, dominæq; Romæ. lib. 4. carm. oda 15.* & idem *eod. lib. oda 6.* tutelam vocat etiam ipsā rem, quæ defenditur. Hinc apud Macrobium, & alios, *Dij tutelares* vocantur, qui sc. conservant domū, urbē, imperium. Sic *tutelam corporis* dixit Florentinus *in l. 3. vim. ff. de just. & jur.* quam vulgo DD. *inculpatam tutelam* vocant; significare volentes, defensionem sui ipsius legitimam, justam, & necessariam adversus vim injustam: de qua copiosè Cicero *in orat. pro Milone*: & Interpretes nostri *ad d. l. ut vim.* Alio vocabulo dicitur *tuitio*, ut apud Cicer. *in Topic. Natura partes habet duas; tuitionem sui, & ulciscendi jus.* Sic & Ulpianus *in l. 1. ff. Quod falso tutore auctore*, scribit, per *tuitionem Prætoris* valere, quod ipso jure non valebat. Hinc & *tutores* q: *tuitores* atq; defensores ex re ipsa nomen acceperunt. *l. 1. §. 1. ff. de Tutelis.*

lis § 1. *Inst. eod. tit.* Præcipuum enim ipsorum officium est, pupillum non relinquere indefensum: unde & *defensores* absolutè pro tutoribus positi reperiuntur. *l. 2. in fin. C. Quando mulier tutelæ officio fungi possit.*

Usque adeo autem substantiale hoc est tutelæ defendere pupillum, ut & in DEFINITIONEM ejus ingrediatur. (Sic enim Servius definit tutelam, & probat Paulus *in d. l. 1. ff. de tutelis.* & Justinianus §. 1. *I. eod. t.* Quod sit *vis & potestas in capite libero ad tuendum eum qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa*) & ut ob recusatam vel omissam defensionem pupilli possit tutor tanquam suspectus removeri. *l. ult. C. de administr. tutor.* & *t. t. Inst. ff. & C. de suspect. tutorib.* Alienum porrò huic loco & nimis longum foret, vel explicationem definitionis tutelæ hic tradere: vel species tutelæ omnes persequi: quæ ex Institut. earumq; Interpretibus repeti possunt. Videatur etiam *hîc* Marc. Ant. Delrio.

Cujacius *in Paratitlis Codicis*, tutelam facit duplicem: *Legitimam*, & *Dativam*: & hanc dativam subdividit in *Testamentariam* & *Atilianam*: quia sc. etiam testamento dati tutores dicuntur *dativi*, apud Ulpianum *in frag. tit. de tutelis.* Ideò autem Dativa tutela opponitur Legitimæ: quia legitimos tutores nemo dat; sed Lex XII. tabb. fecit tutores: teste Ulpiano *in l. 5. in pr. ff. de legitimis tutorib.* Sed usitata divisio tutelæ est trimembris, in *Testamentariam, Legitimam*, & in *Dativam.* Legitima deinde suas habet subdivisiones, ut explicat Delrio.

Illud quoque supervacaneum est admonere, quæ sit inter Tutelam & Patriam Potestatem differentia: nec non inter administrationem Tutelarem, & Paternam. V. g. Primo: Tutela habet originem ex L. XII. tabb. *l. 120. Verbis. ff. de verbor. signif. & Cornificius in Rhetoricis ad Herennium.* Sed Patria potestas introducta est moribus; sicut & pupillaris substitutio; aliaq; ex patria potestate dependentia. Secundò; Tutela est ad utilitatem pupilli, non tutoris; ut in ipsa definitione tutelæ comprehensum est, & §. *pen. impuberes, in verbo ad tuendum, Instit. de Atiliano tutore*, quod & Cicero admonuit *in Officiis.* Sed patria potestas est potissimum bono parentis recepta. *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* Tertio: Tutela est in pupillos, id est, eos qui cùm sint impuberes desierunt esse in potestate patris, sive in eos qui sunt patres familiarum & sui juris. *l. 239. pupillus. in pr. ff. de verb. sign.* Patria verò potestas est in filiosfamiliarũ *t. t. de patria potest. & l. 3. cum l. seq. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Quartò: Tutela tantum est in impuberes, sive pupillos, & finitur pubertate: ut est *initio tit. quib. modis tutela finitur. l. 1. C. quando tutores esse desinant.* Patria potestas est non solùm in impuberes; verùm etiam in eos qui jam excesserunt pubertatis annos: & Jure Civili durat etiam post pubertatem. *arg. t. t. quib. modis jus patriæ potestatis solvitur*, ubi hic modus finiendæ patriæ potestatis non refertur. Quinto; Tutela non tribuit tutori ullum jus adquisitionis bonorum per pupillum: sed patria potestas tribuit jus adquirendi per filiumfamiliâs: ut patet ex *tit. Inst. tut. per quas personas cuiq; adquiritur.* Sextò: Tutela injungit tutori necessitatem defendendi pupillum. Hoc enim præcipuum est officium tutoris, ut suprà dictum ex *l. ult. C. de administ. tut.* Patria potestas nullam adfert necessitatem defendendi filiumfamiliâs;

quia potius arbitrio patris defensionem permittit. Septimò: Cum pupillo non potest agi judicio. §.*ult. Instit. de auctor. tutorum*: sed cum filiofamiliâs benè potest agi, non minus quàm cum patrefamiliâs. *l.57. tàm ex contractibus. supr. de judicijs. & l.39 filiusfam. supr. de oblig. & act.* Hic accedit octavò illa vel præcipua differentia: quòd patria potestas olim eò usque se extendebat, ut etiam Jus vitæ & necis complecteretur: *l.11. in suis in fin. ff. de liberis & posth. l ult. C. de patria potestate*: quamvis posteà restricta fuerit ad moderationem, & castigationem tantùm: *arg. l. unica, C. de emendat. propinquorum: arg. l.6. cum oportet. §.1. in verbis, patria potestas in eos exercenda est. C. de bonis quæ liberis: cum similibus.* Sed tutoris potestas in pupillum nunquam tanta fuisse legitur.

Differt ergo primùm sic Tutela à patria potestate. Deinde est etiam notanda differentia multiplex inter Administrationem tutoriam bonorum pupillariũ, & inter Administrationẽ paternã bonorũ filiifam. adventitiorũ, in quib. usumfructum habet. Nam 1. Tutor ante omnia debet facere inventariũ omnium bonorũ pupilli; ut latiùs infrà dicetur: sed pater non cogitur jure nostro inventariũ conficere bonorum adventitiorum filiifam. Ratio differentiæ paulò post indicabitur. 2. Tutor cogitur plerumq; satisdare rem pupilli salvam fore: ut explicatur *tit. de satisdat. tutorum. & l. pen. C. de tutore qui satis non dedit.* Sed pater non oneratur satisdatione, sive cautione fidejussoria. 3. Tutor obnoxius est rationibus reddendis, etiamsi fortè testator qui eum dedit, voluerit ipsum esse anecl ogistum, id est, immunem à rationibus reddendis. *l.5. § 7. Julianus. ff. de adm. & peric. tut.* Sed pater non cogitur ratiocinia inferre filiofam. super administratione bonorum ipsius adventitiorũ. *l.6. Cum oportet. § 1. C. de bon. quæ lib.* Ratio harum trium differentiarum est: quia legislator majorem habet fiduciã de patre, quàm de tutore, quod rectè administraturus sit bona, nec quicquam ex iis interversurus. Qui enim talis affectus extraneus inveniatur ut vincat paternum? ut eleganter Justinianus, & cõvenienter sacræ scripturæ, *in l. fin. in pr. C. de cura furiosi.* Et pietas paterni nominis plerumq; consilium capit pro liberis; ut ait Papinianus *in l.22. Nec in ea. § fin. ff. ad l. Jul. de adulter.* 4. Tutoris potestas administrandi non est tàm plena quàm patris. hic enim plenissimè habet potestatem utendi fruendi. *d. l.6. §.1. C. de bonis quæ liberis.* 5. Pupillus non potest contrahere de bonis suis, nisi cum auctoritate tutoris, *t.t. de auctor. tut.* Sed de bonis adventitiis potest tàm filius quàm pater cõtrahere. *t.t. C. de bon. quæ lib.*

Separanda quoque est Tutela à Cura; quam vulgò *curatelam* appellant. Et idcirco propter majorẽ cognationẽ, quæ est inter Tutelã & Curã, hic nonnihil etiã de cura attingendũ est. Accedit, quod curatores ad idẽ tenẽtur, ideq; præstare cogũtur, ad quod tenẽtur Tutores, sive quod hi præstare cogũtur. Quid quod Horatius etiam *tutelam* pro *curatione* posuit, ob hanc ipsam vicinitatem *lib.2. serm.* ubi ait:

------ *Interdicto huic omne adimat jus*

Prætor: & ad sanos abeat tutela propinquos.

Deniq; ubi desinit Tutor; ibi ibi incipit Curator: ubi Tutela desinit ibi initiũ capit Cura. Differẽtiæ ergo præcipuæ inter tutelã & curã istæ observari posũt. 1. Tutela est tãtũ in pupillos sive impuberes. §. *Impuberes. I. de Attil. tut.* & *l.3. in pr. ff. de tutelis.*

telis. Ubi rotundè Ulpianus, Hoc Jure utimur, inquit, ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Cura quoque locum habet in Adolescentem seu Minorem: nec in hunc tantùm, sed etiam in furiosum: in dementem seu mente captum: in prodigum: in perpetuo morbo laborantem. §. *furiosi. & §. seq. Inst. de curat. t. t. ff. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis, & t. C. de furiosi curatore vel prodigi:* intellige, furiosos qui sint pùberes. Nam si adhuc sint impuberes, non erunt in cura, sed sub tutela. *d. l. in pr. ff. de tutelis,* Imò interdùm etiam pupillo datur curator, nempe ad litem, sive judicium exercendum inter tutorem & pupillum. §. *ult. Inst. de auctor. tut. l. 3. §. si pupillus.* ff. *de tutelis, l. 1. & l. 2. Cod. de in litem dando curatore*; item aliis casibus, qui enumerantur *in §. ult. Inst. de curator. bus,* videatur & *l. 13. solet* ff. *de tutelis 2.* Tutor datur etiam invitis, multoque magis ignorantibus *l. 6. ff. de tut. & cur. datis. d. l. 1. C. de in litem dato curatore, in verbis, accipere debet em.* Sed curatorem inviti adolescentes non accipiunt, excepto tantùm primo casu, videlicet si ad litem curatore sit opus. §. *Item inv. ti. Inst. de curatoribus.* 3. Tutor datur potissimū & primariò personæ, & ut morū pupilli curā gerat: bonis autem sive patrimonio, tantùm per consequentiam sive secundariò: quatenus scil. sine bonis commodè vivi non potest. Neque enim vento vivitur, ut ait Imp. Alexander *in l. 2. C. de alimentis pupillo præstandis. l. 12. cum plures. §. tutor.* ff. *de administr. tutorum, & §. & certè Inst. qui testamento tutores dari possunt, & §. datur autem Inst. de excusat. tut.* contrà autem est in curatore. Hic enim non personæ sed substantiæ sive patrimonio, & rebus, principaliter datur: sæpe & uni tantum rei sive causæ: & solam rei familiaris sustinet administrationem: corpus verò sine persona adolescentis, & cæterorum quibus datus est, secundario curare ac tueri debet. *l. 20. sciendum. ff. de ritu nupt. l. 8. in copulandis. C. de nupt. l. 7. consilio in pr.* ff. *de curatoribus furioso &c. l. 6. Muto. §. ult. ff. de tutelis.* 4. Tutela habet originem ex Lege XII. Tabularum: ut suprà dixi: sed curatio partim descendit ex constitutionibus principum, ut videre est ex *t. de curatore furiosi.* 5. Tutela potest constitui testamento: sed cura non item. *l. 6. curatorem. C. de negotiis gestis*: quamvis si datus sit curator testamento, confirmetur decreto prætoris vel præsidis, ut est *in l. pen. C. de testamentaria tut. §. dantur vers. sed curator. Institut. de curator.* 6. Tutela est triplex, Testamentaria, Legitima, & Dativa: sed Curatio hodiè tantum est unius modi, nempè Dativa. §. *furiosi. vers. sed solent. Inst. de curatoribus. l. 6. observare. ff. de curatoribus furioso &c.* quamvis olim legitima esset cura, videlicet ex L. 12. tab. *l. 1. & l. 13. sæpè. ff. de curatoribus furiosi.* 7. Tutorem habenti alium dari Jura prohibent. *l. 9. si sororis C. qui dare tutores possunt. §. Interdum. Inst. de curatoribus.* Sed curatorem habenti alius curator adjungi potest, sicut etiam tutorem habenti *l. 13. solet. ff de tutelis.* Ratio differentiæ est, quia tutor cum detur principaliter personæ, ut suprà dictum, ita eam totam occupavit, ut locum non reliquerit alteri: sed curator datus est bonis; quæ divisionem recipiunt. & plures admittunt ad sui administrationem. 8. Tutoris potestas in pupillum est major, quam curatoris in adolescentem *argum. l. In copulandis.* 8. *C. de nupt.* 9. Tutoris est, auctoritatem præstare, sive ut uno

verbo Papinianus appellat *auctorari*: curatoris v. est consensum adhibere. *t. 1 ff. de auctor. & consen. tutor. & curator. & t. Inst. de auctor. tutor & t. Cod. de auctor. præstan.* Inter hæc autem plurima interest Nam consensus vel est expressus vel tacitus: sed Auctoritas non est nisi expressa; & quidem requirit verba: non minus quã stipulatio: unde fit quod à muto auctoritas præberi non potest. *l. 1. §. mutus. ff. de Tutel. l. 3. ff. de auctor. & consensu tutor. in verb. cũ se probare dicit id quod agitur.* Hoc.n.est auctorem fieri. Sed hoc interest inter stipulationẽ, & auctoritatẽ tutoris: quod in illa præcedit interrogatio, in hac vero, scil. auctoritate eam præcedere necesse non est. *d. l 3.* Deinde Consensus potest etiã inter absentes per epistolã, per nũciũ interponi: sed Auctoritas nõ nisi à præsente tutore præstatur: sicut & stipulatio inter absentes fieri nequit. Est.n. Auctoritas approbatio expressa tutoris, quæ interponitur perfecto eo, quod pupillus eo præsente gessit, ut definit Cuiac. *in w. C. t. de aucto. præstand.* ubi *perfecto negotio*, intellige, *dũ perficitur.* Nã statim in ipso negotio tutor præsens auctor fieri debet: post tẽpus v. vel per epistolã interposita auctoritas nihil agit *l. 9. oblig. § 5. tutor. ff. de auctor. tutorũ. & §. tutor a. Inst. eod. t.* Deniq; Auctoritas tutoris pertinet ad obligandã personã pupilli, deinde etiã ad alienationẽ rerũ ipsius, *d l 9 obligari. ff. de Auctor. tut.* Sed consensus curatoris tantũ pertinet ad alienationẽ rerũ minoris, nõ v. etiã ad personã ejus obligandã: quia puberes possunt etiã sine curatorib. suis obligari. *l. 101. puberes. ff. de verb. obligat.* quãvis alienare bona sua nequeant sine illis *l 3. C de integr. restit. minor* Sed pupillus sine tutoris auctoritate, neq; se obligare, neq. bona sua alienare potest. 10. Tutor magis ad solennia & civilia expedienda necessarius est, quã Curator; qui ad ea non sufficit, *l. 19. curatorẽ. ff. de auctor. tut.* v.g. Ad hereditatis aditionẽ requiritur tutor non curator; *l. 17. cũ in una §. 1. ff. de Appellation: b.* 11. Tutela magis est necessaria pupillis, quam cura minoribus: quod non ex eo solum perspicitur, quia pupilli inviti accipiunt tutorẽ: adolescentes curatorem non nisi volentes: verũ etiã ex eo, quia si mater negligat tutorẽ petere liberis suis impuberibus, punitur privatione successionis eorũ *§. sed quẽadmodũ. Inst. d. S.C. Tertull.* sed si nõ petat Curatores liberis suis puberibus, nõ ita punitur *l. 1. ff. qui petant. tutor. & cur. l. 6. C. eod. t. l. 2 §. si mater, & §. quid si curatores. ff. ad S.C. Tertull.* Facilius.n. sibi cõsulere poterũt adolescentes, utpote jã maturioris ætatis & judicii quã pupilli. 12. Tutela finitur pubertate, si pupillus in suã tutelã pervenerit: quod fit in fœminis ãno duodecimo; in marib. anno decimoquarto *initio tit. I. quib. modis tutela finitur, & l. 1. C. quando tutor vel cur. esse desinat.* sed cura in utroq; sexu eodẽ tẽpore finitur, videlicet anno 25. Nã post hoc tẽpus virilẽ vigorẽ cõpleri cõstat, ut loquitur Ulpian. *in l. 1. §. 2 ff. de Minor. b.* 13. Differũt etiã genere actionis: Nã Tutor pupillo tenetur actione Tutelæ: quæ nõ nisi finita tutelã cõpetit, & est generalis ad universa pupilli bona pertinẽs *l. 4. in pr. & l 8. quãvis. § 4. & generaliter. ff. de tutelæ & rationib. distrah. itẽ l. 18. cũ tut. in fi. ff. eod. t. §. ult. I. de Atil. tuto.* Sed curator tenetur minori actione Negotiorũ gestorũ. quæ sæpe est specialis, & de uno tantũ negotio, & perseverante etiã officio curæ, datur *l. 16 si cũ adhuc. § 1. ff. de Tutelæ & ration. distr.* Ratio quare durãte tutelã nõ possit pupillus cũ tutore suo Tutelæ agere, redditur ab Ulp. *in d. l 8 § 4.* Quia *absurdũ erat a tutore rationẽ administrationis negotiorũ pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret.* Sed hic notandũ: Moribus nostris & quorundã locorũ statutis, imo etiã universali lege imperii, hoc mutatũ esse. Cogũtur.n. Tutores quotãnis ratiões

reddere administrationis suæ, & cautũ est in Cõstitutione Imperii *Aug. in comitiis permulgata anno 48.* videatur & cõstitutio Augusti Electoris *par. 2. c. 11.* & reformatio Norica *l. 33. & 39.* Quod a dixi ex tutela dari actionẽ Tutelæ, nõ ita accipi volo, quasi excludã utilẽ negotiorũ gestorũ actionẽ: Nã & hæc cũ illa concurrit, & est *in l. 26. cũ quedã. C. de administ. tutorũ & in l 7. C. arbitr. tut.* qua de re infra plura dicentur. Hæc de cura Minorũ, Furiosorũ, Mente captorũ, Prodigorũ, & similiũ personarũ, quomodo ea differat à Tutela. Est a & alia curatio, *bonorũ*, & *ventris*: Cujus differentiã à præsente cura explicat Hermogenianus *in l. 48 inter. ff. de administr. tuto.* Et de hac specie est *tit. ff de curat. bonis dando*, videatur & *l. 9 §. his verb* & *l. 22. ff. de reb. auctor. judic. possidendis*, de curatore ventris est *t. in ff. de vẽt. in possessionẽ mittendo, & curat. ejus.* Breviter, Curator minoris, & cæterarũ personarũ a curatore bonis dato, 1. in eo differt, quod ille etsi primario datur bonis, tamẽ quodãmodo, & saltẽ secundariò, etiã personã cõplectitur ejus cui datus est: iste v. tantũ curã agit bonorũ; quæ deteriora sunt futura, ut distrahat, *d. l. 48. de administr. tut.* 2. Officiũ curatoris minorũ. & cæterarũ hujusmodi personarũ cõsistit in administrando, sed alterius curatoris officiũ, positũ est in custodiẽdo, & vendendo. 3. Curator minorũ & cæterorũ datur etiã invitus, & potest cõpelli ad suscipiendã curationẽ: sed curator bonorũ nõ cõstituitur invitus, sed tantũ voluntarius, nisi ex magna necessitate. *l. 2. §. 3. quar. & l. 3. ff. de curat. bonis dando.* 4. Curator minori datur ꝓpter ætatis infirmitatẽ; & cæteris ꝓpter morbũ vel animi vel corporis: Sed iste curator datur ꝓpter debitoris absentiã, sive spõtaneã sive necessariã: itẽ ꝓpter defectũ hæredis: itẽ propter æs alienũ dissolvendũ *t. t. ff de curatore bonis dando.* 5. Si plures minori dati sint curatores, inter eos dividitur actio, perinde ut si pupillo plures fuerint tutores, nec in unũ datur actio in solidũ. *t. t. C. de dividenda tutela*, sed si plures bonis dati sint curatores, hi nõ portionib. sed singuli in solidũ conveniri possunt; *l. 2. § 2. si plures. & l. 3. ff. d. t.* Atq; hæc evidentiæ causa præmissa sint. Post hæc ipsam videamus REGULAM, de iis quæ in q. Contractu tutelæ & curæ præstanda sint ex ejus natura. *Tutela* igitur *recipit dolũ & culpã*; ut *hic*; sive Tutor, itemq. curator, (Nã hi duo quoad præsentẽ materiã ad paria judicantur.) ex hoc quasi cõtractu præstare debet pupillo vel adolescenti dolũ, & latã ac levẽ culpã: nõ etiã levissimã culpã: nõ deniq; casum fortuitũ. Cujus sententiæ fundamenta hisce legib. cõtinẽtur, in quib. etiã occurrunt exẽpla partim doli, partim culpæ. Primo in *l. 7. C. arbitriũ tutelæ*, ubi rescripserunt Dioclet. & Maximilanus cuidã Alexandro, Non esse incerti Juris quicquid minores amiserint, vel cũ possent nõ adquiserint, dolo vel lata culpa, aut levi tutoris seu curatoris, hoc je tutelæ seu negotiorũ gestorũ utile judiciũ venire. Secundo in *l 4 cod. t.* ubi culpa dicitur æstimari in actione tutelæ vel negotiorũ gestorũ Dixi a. alias culpã in Legibus simpliciter positã, ut plurimũ significare culpã levẽ: ut hoc quoq; admonui; quicunq; hanc speciẽ culpæ præstare cogitur, eũ multò magis & latã culpã & dolũ præstare oportere. Deniq; latã culpã in contractib, & quasi, sub dolo cõpræhendi, Nõ obstat, q̃ *in ead. lege* additur particula *solũmodò*, quæ est exclusiva. Nõ. n hoc eã vim habet quasi nõ sit pręstãdus dolus vel lata culpa (Hęc n. nõ excludũtur, q̃n potius includũtur, dũ culpa pręstãda dicitur) sed ea particula opponitur illis q ex officio gesta sũt,

id est rectè, & ita, ut tutori neque dolus, neque lata, aut levis culpa imputari possit, quod satis demonstrat contextus ejusdem legis. Tertiò, probatur hoc etiam per *l. 1. in pr. ff. de tutele & rationibus distrahendis*, ubi Ulpianus ait, tutorem iudicio tutelæ rationem reddere in omnibus, (id est de omnibus,) quæ fecit, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit (subaudi, cum facere deberet) præstando dolum, culpam, & quantam in suis rebus diligentiam: ubi duo sunt notanda. 1. Culpam aliam esse in committendo, aliam in omittendo. 2. Quòd non simpliciter JCtus dicit *tutorem præstare diligentiam*, sed *quantam in rebus suis diligentiam*. Inter has autem duas formulas multum interest. Nam qui absolutè diligentiam præstandam affirmat, is hoc vult debere eum etiam levissimam culpam præstare, quod certe de tutore non rectè dicitur: illud autem rectissime, eum non posse salva fide minorem diligentiam adhibere rebus pupillaribus quam propriis. Et hoc Ulpianus vult convenienter aliis locis. Quarto probatur idem per *l. 18. cum tutor. ff. de tutela & rationib. distrah.* ubi ait Papinianus, pupillum habere actionem contra tutorem, si dolo vel culpa ejus perperàm sit abstentus, quò minùs scilicet se immisceret hæreditati paternæ. Quod idem exemplum & in *d. l. 4. C. Arbitrium tutelæ*, & alibi in Legibus sæpè adfertur. Quinto probatur per *l. 7. tutor. §. 2. competet. ff. de Administr. & periculo tut.* ubi Ulpianus ait, tutorem teneri actione tutelæ, si prædia non idonea comparaverit pupillo vel per sordes aut gratiam; sive (quod idem est) sordidè aut gratiosè: (Hisce verbis exprimitur dolus. Nam qui patitur se corrumpi muneribus, id quod est per sordes quid facere, ut in *l. 15. filiusfam. §. 1. ff. de Iudiciis*, item apud Ciceronem, vel qui amicitiæ affectioni hoc largitur, ut contra animi sententiam, contraque animi indicium quid faciat, is certè non potest dolo carere *argum. d. l. 15.*) vel per latam negligentiam. Addit autem Ulpianus, solam latam negligentiam tutores in hac parte præstare debere: quasi tutor tantum de lata culpa teneatur, non etiam de levi: quæ sententia plurimis aliis Legibus manifestè repugnaret. Sed probè notandum, quòd addit JCtus *in hac parte*, id est, in proposita facti specie: quando scil. agitur de pecunia pupillari collocanda in comparationem prædiorum, quæ res ejusmodi est, ut in ea facile fallantur etiam prudentes, periti, ac diligentes patresfam. comparantes nimirùm sæpe prædia minus idonea sive sterilia quæ sperabant maximè idonea & frugifera futura. Neque reprehendendus est tutor, si pecuniâ pupilli comparet aliqua prædia, cum sciat se non debere illam pecuniam domi otiosam aut sterilem retinere, multoque minùs in suos usus convertere, sed vel hominibus idoneis credere, hoc est fænori ponere, vel in emptionem possessionum convertere, *argum. l. 3. C. de usuris pupillaribus, cum similibus locis.* Si igitur judicio fortè erraverit in eligenda conditione, h. e. si prædium sterile pro idoneo emerit: non debet nimis rigidè cum ipso agi: sed satis est si dolo & lata culpa careat: etiamsi forte levi culpæ obnoxius argui possit: hoc enim non debet ipsi esse fraudi. Ex hac explicatione (cum qua etiam conferri velim ea quæ adfert Ant. Delrio *ad hanc legem.*) apparet, *dictam l. 7. §. competet*, posse referri ad exceptiones à regula nostra: nempe tutorem aliquando de dolo tantum, & de lata negligentia teneri, eo videlicet casu, quo agitur de prædio minus idoneo comparato.

Exce-

Exceptio autem firmat regulam in casibus non exceptis, ut notat Decius, Cagnolus, & alii *ad l. 1. h. t.* Huic simile exemplum exceptionis extat *in l. 2. C. Arbitrium tutelæ*, ubi tutor dicitur præstare debere pupillo damnum, quod ex sua cessatione accidit circa nomina paternorum debitorum, id est æs alienum, si non exegerit dolo aut lata culpa, seu manifesta negligentia; atq; ita non appellando fecerit, ex bonis nominibus mala. Quo casu etiam non tenetur tutor de levi culpa; idque ideo, quia hic quoq; facilè laberetur quamvis diligens paterfamilias; non nimiùm urgendo debitores, cum quibus ipse non contraxit, sed pater pupilli: ut probabilis esse possit in tutore ignorantia conditionis, qua fuerunt debitores paterni. *argum. l. 19. Qui cum eum alio. suprà h. t.* Satis ergo esse putavit Imperator si tutor circa hanc exactionem nominum, vacaret dolo & lata culpa: etiamsi fortè levi culpa non careat. Et secundùm hanc distinctionem *d. l. 2.* accipienda quoq; est *l. 15. si tutor. ff. de administr. tut.* ubi Paulus ait, tutorem, si non convenerit debitores quos juvenit, (nempe in hereditate pupilli, ex contractu cum defuncto habito) ac per hoc minùs idonei efficiantur, conveniri. Si non convenerit; intellige per dolum vel latam culpam: non etiam per levem, juxta *d. l. 2.* Aliud autem Juris est, in illis nominibus quæ ipse tutor fecit, nempe si ipse pecuniam pupilli mutuam dederit, de quo casu videatur *l. 16. cum quæritur. ff. de administrat. tutorum*, videatur etiam *l. 25. eod. tit.* Sextò probatur insuper regula nostra per *l. 10. Generaliter. & l. 13. Tutor. §. 1. ff. de Administr. tutor.* ubi tutor ob cessationem tenetur: hoc est si non fecerit quod quivis idoneus paterfam. faceret: puta si pecuniam pupillarem non collocàrit fœnori: cùm haberet tamen cui rectè crederet: (Nam si talem non habeat excusatur *l. 3. C. de usuris pupillaribus*) item si detrectarit solutionem; denique si judicium, si stipulationem pro pupillo &c. quæ omnis cessatio aut ex dolo proficiscitur, aut ex lata aut levi culpa, & tutori imputatur, si per eam pupillus damnum senserit. Septima probatio sumitur ex *l. 32. Sine herede. §. 1. ff. de administrat. tutor.* à contrario videlicet sensu, hoc modo: Ad tutorem non pertinet damnum, quod sine ipsius culpa accidit, si cautiones id est apochæ soluti vectigalis non sint inventæ &c. Ergò damnum quod culpa ipsius tutoris accidit, ad ipsum pertinet. Octavò probatur etiam per *l. 41. Qui plures. ff. eod. t.* ubi tutores rectè conveniri dicuntur ex culpa, qui suspectos facere neglexerunt contutores suos, quod exemplum alibi sæpe repetitur. Nonò: Aliud exemplum est, si culpa vel fraude tutoris vel curatoris læsa sit ratio pupilli, causa, vel res ipsius; ut *in l. 10. si liberti C. de Administrat. tutor.* cui simile est rescriptum *in l. 12. C. d. t.* Multis autem modis fieri potest, ut pupilli ratio, id est, conditio, causa, sive res lædatur. Decimò: Aliud exemplum est in *l. 11. si bonam causam. Cod. eod. t.* ubi tutor pupillo præstat indemnitatem, qui vel non appellavit à sententia contra pupillum lata in bona causa: vel appellavit quidem, sed non est persecutus appellationem sive non implevit solennia provocationis, ut loquitur Imper. Gordianus *in d. l. 11.* Undecimò: Aliud exemplum est *in l. 21. pupillorum. C. eod. t.* ubi Tutores & Curatores præstant periculum rei amissæ, si per eos neglecta est conditio donationum; id est, si cùm donatum esset pupillis sub conditione aliqua, ipsi fuerunt impedimento quò minùs illa conditio impleretur: sive si per ipsos

ſteterit, ut conditio deficeret, atque ita donatio conditionalis extingueretur. Duodecimò: Aliud exemplum nobiliſſimum eſt *in l. 22. Lex quæ tutores C. d. t.* Ubi Conſtantinus Imp. ſancit, tutori aſcribendam eſſe fugam ſervorum, quorum vel negligentiâ ſuâ diſſolutam eſſe paſſus eſt diſciplinam; vel quos malè tractavit, nimia ſcilicet duritia atq; ſævitia, vel inedia, & verberibus eos afficiens: atq; ita ad fugam illos quodammodò compellens. Decimotertiò: Aliud exemplum eſt in prætermiſſa & recuſata defenſione pupilli: quam ob rem tutor & tanquam ſuſpectus removeri poteſt à tutela, & omne detrimentum, quod pupillus ex recuſatione defenſionis ſuſtinuerit, reſarcire cogitur *l. ult. C. de adminiſtr. tutor.* Decimoquartò; Aliud exemplum eſt *in l. 7. §. 1. ff. de adminiſtr. tut.* ſi tutor ceſſaverit in diſtractione earum rerum, quæ tempore depereunt, ſive quæ ſervando ſervari non poſſunt, ut loquitur Imp. Conſtantinus *in d. l. 22. in fi. C. de Adminiſtr. tutor.* Decimoquintò: Aliud exemplum eſt in omiſſione inventarii; quæ poteſt fieri vel ex dolo, vel ex lata culpa, vel ex levi.

Quæ res ut intelligatur, ſciendum eſt, debere tutores vel curatores quam primum fuerint conſtituti inventarium rerum omnium & inſtrumentorum pupillarium ſolenniter conficere, in præſentia publicarum perſonarum; ſive, ut hodiè loquimur, coram notario & teſtibus. *l. 24 tutores. C. de Adminiſtr. tutor.* quod alio nomine *repertorium* appellatur, teſte Ulpiano *in l. 7. in pr. ff. de Adminiſtr. tutor.* Germani vocamus Jnnẽbuch. Ratio eſt: quia aliter non poteſt conſtare quantæ ſint vires patrimonii pupillaris, ſive quantum in bonis habeat pupillus vel adoleſcens. Deinde quià tutor & curator rationes actus ſui aliquando reddere, & reliqua, ſive tutelam, reſtituere debent. Ad rationes a. & reſtitutionem tutelę, neceſſarium antecedens eſt Inventarium; quod rectè vocat Baldus *caput reddendarum rationum.* Huic enim ſtandum eſt etiam contra tutorem, ut eſt *in l. ult. C. Arbitr. tutelæ.* Adeò a. neceſſaria eſt confectio inventarii. 1. ut nihil gerere oporteat tutorem vel curatorẽ, antequã inventarium fecerit: ut inquam, non audeat res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam ſibi communionem ad eas vindicare; niſi priùs, inventario publicè facto, ſecundùm morem ſolitum res ei tradantur vt poſt Ulpian. *in d l. 7. in pr. ff. de Admin. tut.* loquitur Juſtinianus in *l. fi. C. Arbitr. tutelæ.* 2. Ut negligens inventarii confectionem, poſſit removeri tanquam ſuſpectus *d. l. fi. C. Arb. tut.* 3. Ut contra ipſum jurari poſſit in litẽ: id eſt ut pupillus poſſit, id quod ſua intereſt, in infinitum (ſub taxatione tamen ſive moderatione judicis.) æſtimare *d. l. 7. in pr. ff. de Adminiſtr. tutor.* Eſt. n. talis tutor in dolo; ſi non vero, tamen præſumpto: qui cum ſciret, ſive ſcire deberet, ſibi incumbere neceſſitatem inventarii conficiendi, tamen officium ſuum neglexit: doli a. illius ſive veri ſive præſumpti hæc eſt pœna legitima, ut debeat admittere ſive pati Juſjurandum in litem contra ſeſe *d. l. 7. in pr. & l. penult. C. de in litem jurand.* Sed hic notanda eſt inſignis differentia, inter tutorem ipſum, & tutoris hæredem. Alio enim Jure eſt Tutor, alio Hæres tutoris. Tutor ſi non próferat, id eſt exhibeat, inventarium, & cætera inſtrumenta, poteſt, id eſt debet, juſjurandum in litem contra ſe admittere: Sed Heres non aliter, quàm ſi illa in hæreditate reperta, dolo malo non

exhi-

exhibeat: ita manifestè distinguit Imp. Gordianus *in d. l. pen.* Cui consentit rescriptum Diocletiani & Maximiani, *l. ultim. cod. t.* In actione tutelæ adversus hæredes placuisse prætermitti jusjurandum in litem, ob non factum inventarium. In summa: Adversus tutorem qui non confecit inventarium, jurari potest in litem: Sed adversus hæredem tutoris, non juratur in litem; nisi & ipse dolum proprium admiserit. Ratio differentiæ est. 1. quia hæres etsi in actione tutelæ succedat tutori, eamque excipere cogitur: tamen in tutela ipsa & in administratione ejus non succedit: non magis quàm in mandato, & in societate, & similibus, in quibus certæ personæ industria spectatur. Nam cum tutela fuerit munus personale, extincta est cum persona. Pars autem administrationis tutelæ una, & quidem præcipua, fuit inventarii confectio. 2. quia quisque doli sui pœnam suffert, ut ait *l. 15. si ex duobus. ff. de tutela & rationib. distrah.* & pœnæ suos autores tenere debent, ut ait *l. sancimus. 22. Cod. de pœnis.* Sed quod diximus de necessitate conficiendi inventarii, id hanc patitur exceptionem, nisi testator specialiter prohibuerit, ne inventarium conscriberetur. *d. l. ult. §. 1. in verb. nisi testatores etiam. Cod. Arbitrium tutelæ.* Talis enim prohibitio valet, ut pluribus docet Octavianus Cacheranus *cons. 36. n. 8.* & Julius Clarus *in §. testamentū. quæst. 66.* & Zasius *cons. 18 lib. 2.* ubi multa memorabilia habet de fine sive usu, & remissione, vel prohibitione Inventarii. Sunt & alii qui inuentarium facere debent, de quibus nostrum non est hic latius explicare, videri autem potest *l. fin. & ibi DD. C. de Jure delib.* & Rolandus à Valle, aliique qui de inventario tractatus scripserunt: quibus etiam adjungatur Bertachinus *in Repertorio litera I.* & Petrus Heigius. *quæst. 20. lib. 1.* ubi generaliter de rationum redditione, & quas tenentur quilibet administratores rerum alienarum, tàm publicarum quam privatarum diligentissimè tractat. Mihi satis fuit, breviter attingere eam confectionem inventarii, quæ tutori & curatori, incumbit. Plura de Inventario tradidi *in Methodica Expositione Novellarum.*

Decimosextò: Denique exemplum est in donatione rerum pupillarium: itemque in transactione deminuendi causa facta à tutoribus. Sciendum est enim tutorem non posse donare res pupilli. *l. 22. Tutor. & l. 46. Lucius Titius. §. fi. ff. de Administrat. tutor. l. 16. Non omni titulo. C. eod.* Ratio est, non solùm illa generalis, quæ sumitur ex *titulo Codicis de rebus alienis non alienandis*; omnis a. donatio est alienatio quædam: sed etiam hæc specialis, quia tutori tantùm permissa est administratio rerum pupilli ad ejus utilitatem, non perditio aut dissipatio. Hæc autem duo tanquam contraria opponuntur, *administrare & perdere. l. 7. filiusfam. in princip. ff. de Donat. & l. 3. §. 3 Is autem solus. ff. de S. C. Macedon.* & donare est perdere. *d. l. 7. ff. de Donationibus.* Etsi enim per donationem beneficii debitor adquiri dicitur, & hanc esse speciem lucri. *l. 54 si pignore. §. 1. ff. de Furtis*, videlicet propter naturalem obligationem ad referendam gratiam, sive ad antidora, ut est *in l. 25. §. consuluit. ff. de hæreditat. petit.* tamen ea res non attenditur: cùm non possit agi civiliter ad faciendam remunerationem. Deindè; tutor, si vult, de suo liberalis esse debet, non de alieno, secundùm illud Terentiani, *de tuo*

largitor. Ampliatur hoc quod dixi, de donatione rerum pupillarium tutori interdicta; ut ne quidem personis pupillo valdè conjunctis facta donatio valeat: v. g. non debet tutor matri vel sorori pupilli mittere munus nuptiale aut natalitium. *l.13.Tutor.§.2.In solvendis.ff.de adminstr. tut.* ut maximè aliàs favorabilia sint ejusmodi munera: de quibus agitur etiam *in l. 194. Inter domum. ff.de verb. signif.* Si igitur adversus hæc tutor rem aliquam pupillarem donaverit, hoc pupillo nihil nocet. *d. l. 22. Tutor. ff. de Administr. tuto.* Non enim transfertur dominium rei donatæ in accipientem, sed manet penes pupillum, qui & tanquam suam vindicare potest à possidente. *d.l.16.in fi.C.d.t.* Quod si fortè pupillus suum recuperare non possit à possessore; consequens est, ut per actionem tutelæ ab ipso tutore indemnis præstetur, quia tutor per talem donationem quam facere non debuit, admisit latam & certè levem culpam, qua pupillo damnum dedit. Eadem ratio est Transactionis deminuendi causa factæ, quæ est Donationis. Potest quidem tutor de re pupillari transigere; verùm ita demum, si transactio tendat ad utilitatẽ pupilli, non ad deminutionem, id est damnum ejus. Nam ipsum damnum à deminuendo dictum est, si JCto Paulo credimus *in l.1.ff de Damno infecto.* Cavendum est ergo tutori transigenti, ne quicquam deminuat de rebus pupillaribus; h. e. ne remittat obligationem pupilli, vel ne res ipsius alienet. *d.l.46.§ fi.ff.de Administr. tut.l.22.pactum curatoris.C.de pactis,& ibi D.D.* videatur etiam Andr. Geil. *lib.2. observ.72.*

Hæc ad probandam & illustrandam regulam sufficere possunt. Ex quibus simul intelligitur, quæ præcipuæ sint partes officii, & administrationis Tutorum & Curatorum.

Dixi autem *Tutorem de levissima culpa præstanda non teneri.* Hæc enim non tantùm communis est opinio, probata Accursio, Bartolo, Decio, Baroni, & aliis nonnullis recentioribus interpretibus: sed etiã humanior esse videtur: & favorabilior tutoribus: qui aliàs satis gravantur ipso onere tutelæ: & ipsa gerendi necessitate quodammodo excusati esse debent, etiamsi non tam exactam rationem diligentiæ ab ipsis reposcamus, ut etiam levissimam culpam præstent: ut fatetur quoq; Ant. Contius: quamvis ipse potius inclinet in sententiam Constantini Harmenopuli, qui *ad hanc ipsam legem* scribit, magnam diligentiam exigi in tutela. Quæ sententia nobis non probatur. Videamus tamen, disputandi caussa, quid pro illa opinione, quæ à tutore etiam levissimam culpam requirit, adferri, simulque quid ad ea responderi possit.

Primum igitur argumentum sumitur ex *l. 20. Tutor. C. de Negotiis gestis*: ubi ex rescripto Impp. Diocl. & Max. videtur colligi posse, tutorem & curatorem in plus teneri quam negotiorum gestorem. Ait enim lex, Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum, negotium alienum spontè gerit. Cum igitur negotiorum gestor, teneatur de dolo, & lata ac levi culpa; etiam tutor & curator tenebitur de levissima: & quidem tantò magis, quia negotiorum quoq; gestor, secundum quosdam tenetur levissimam culpam præstare, *argum. pr. in t. Instit. de obligat. quæ q. ex contractu.* Sed Respondendum 1. Non dicitur *in d.l.20.* quod Tutor vel curator duriùs vel in plus obligetur quàm Negotiorum gestor. In eo inquam

inquam non est constituenda dissimilitudo illarum personarum: sed potius in necessitate muneris, & voluntate propria: quarum illa (necessitas) est in Tutoribus hæc (voluntas propria) in Negotiorum gestoribus. Ex qua differentia illud consequitur, quod Negatiorum gestor de illis tantùm quæ gessit teneatur; de non gestis sive quæ non attigit sua administratione non item: Tutor verò & Curator etiam de iis quæ non gessit vel administravit: quia administrare debuit. 2. Illud ipsum est controversum, quod dictum est in objectione, Negotiorum gestorem teneri etiam de levissima culpa: qua de re *infrà cap. proximo* dicam.

Alterum argumentum depromitur ex *l. 4. C. de periculo tutorum*: Tutori & curatori non imputantur casus fortuiti. E. cæterea omnia ipsis imputari debent, id est, quicquid ipsorum vel dolo, vel lata, vel levi, vel levissima culpa accidit damni. Respond. nullam esse in hac illatione necessitatem consequentiæ. Nam qui negat casum fortuitum in tutela & cura præstari: præsertim cum id contrarium sit, tàm multis aliis locis suprà allegatis pro altera sententia: ultra levem culpam hic nihil præstari debere. Oportet autem unam legem secundum plures; & obscuriorem, secundum clariores interpraetari. Præterea hoc quoque meminisse debemus, quod verissimè admonuit Ant. Delrio, & latiùs Dominus Bocerus *ad hanc l.* Imperatores *in d. l. 4.* respondisse ad speciem & quæstionem sibi propositam: an scilicet tutor vel curator ad casum fortuitum teneretur. Et pleræque leges Codicis sunt hujusmodi rescripta principum ex propositis quæstionibus sive consultationibus nata: dum Imperatores vel ad partium consultationem, vel ad judicum relationem rescripserunt quid Juris sit. Quæ observatio ad id nobis proderit, ut sciamus talia rescripta ad propositam facti speciem & quæstionem accommodanda esse: Non autem ex illis esse restringendas regulas Juris alibi traditas, multoq; minus inde evertendas.

Tertium argumentum est ex *l. 1. in pr. ff. de Tutelæ & rationibus distrah.* ubi tutor præter dolum & culpam, dicitur præstare etiam diligentiam: quibus verbis significatur levissima culpa. Nam quicquid ultra culpam levem præstatur, id non potest esse aliud quam aut levissima culpa, aut casus fortuitus. Hic autem sub diligentiæ nomine nusquam compræhenditur, ac ne quidem potest sub ea compræhendi. Relinquitur ergò ut hic præstanda sit levissima culpa. Respond. 1. non simpliciter *in allegata l. 1.* dici diligentiam præstari debere: sed cum hac adjectione, *quantam in suis rebus tutor adhibet.* Si igitur tutor solet in rebus suis ne levissimam quidem culpam admittere, eandem etiam in pupilli rebus præstabit, *argum. l. 32. quod Nerva ff. depositi.* Sed hoc non fit ex naturâ hujus q. contractus: verum ex accidente: ut suprà quoq; monui, hanc esse exceptionem a regula, per exceptionem v. non evertitur vel infringitur regula: sed potiùs confirmatur in casibus non exceptis.

Quartum argumentum est ex *l. 33. A tutoribus ff. de Administrat. tutor.* ubi ait Callistratus, eandem diligentiam circa administrationem rerum pupillarium exigendam esse, à tutoribus & curatoribus, quàm paterfam. rebus suis ex bona fide præbere debet. Respond. eandem esse solutionem qua usi sumus *ad d. l. 1. in pr. ff. de tutelæ & rationibus distrahen.*

Quintum argumentum sumitur ex *l.15. vers. Eadem. ff. de furtis.* Ubi si quis tutelam affectaverit, ejusque administrationem quasi praeripuerit contutoribus sive collegis, oblatâ satisdatione, debet praestare diligentiam: id est, etiam de levissima culpa tenetur. Responsio ferè est eadem, quae ad praecedentia duo: nempe esse hanc quoq; exceptionem à regula: neque rectè sic colligi, Aliquando tutor etiam de levissima culpa tenetur. Ergò semper de ea praestanda obligabitur. Hoc enim esset nihil aliud, quàm ex particulari inferre velle universale: Ratio autem hujus exceptionis est, quia si tutor talis unus ex pluribus, non ad se traxisset administrationem, alius vel alii rectiùs & majore diligentia ea administrare vel gerere potuissent.

Sextum: Magistratus qui tutorem dedit in omne periculum succedit. *l. 4. Non similiter. ff. de Magistratibus conveniendis.* Ergò tutor quoque de omni periculo tenetur: quia surrogatum imitatur naturam ejus cui surrogatur. *arg. §. fuerat. & ibi Iason. & Zasius Instit. de Actionib.* Si tutor de omni periculo tenetur. Ergo etiam de eo quod levissima ipsius culpa contigit. Respond. primò, *Omne periculum* similibus in locis, & ibi, intelligendum esse, non de eo quod levissima culpa tutoris, neque quod casu fortuito contingit, sed de eo quod levi culpa, vel lata, vel dolo ipsius. Deinde, Comparatio ibi instituitur, inter magistratum & heredes tutoris: non autem quaeritur de gradibus culpae praestandis vel ab ipso tutore, vel à magistratu à quo datus est.

Septimum argumentum sumitur ex favore pupillorum, quem constat ubiq; in Jure esse maximum, ut latè docet Damhauderius *in tractatu quem inscripsit patrocinium pupillorum.* Sententia autem illa quae tutorem etiam de levissima culpa teneri vult, favorabilior & utilior est pupillo quam altera: facitque, ut ipsius indemnitati tantò plenius consulatur: Ergò praeferenda est meritò alteri opinioni, quae habet, quod tutor ultra levem culpam nihil praestet. Resp. Magnus quidem est favor pupillorum, utpote personarum non minùs miserabilium quàm viduarum: qui favor promeruit, ut etiam Imperator ipse inter eas cognoscat, ut est *in tit. C. quando Imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat.* Veruntamen ille ipse favor tantus esse non potest, nec eò usq; extendi debet, ut tutorem alias satis superq; oneratum nimium gravemus, & ab eo etiã levissimae culpae praestationem exigamus: praesertim cùm hic solius pupilli utilitas & commodum versetur, nulla verò tutoris: teste etiam Cicerone *in 1. de Offic.* Ex quo dicendum videbatur, eũ nõ nisi de dolo & lata culpa teneri debere. *arg. l.5. ff. commodati.*

Octavò & ultimò, argumentum quoq; sumi potest ab auctoritate Graecorum Interpretum, sive Scholiastarum Juris nostri. Hi enim videntur rectas interpretationes ac sententias legum, inde usque à temporibus Justiniani per manus traditas, retinuisse, professione Juris nunquam apud eos interrupta, quae in Occidente serò recuperata est. Respond. Sit sanè Graecorum Interpretum magna auctoritas: ex quorum scholiis etiam Cujacius plurima in Corpore Juris felicissimè partim restituit atque emendavit, partim explicavit; longè rectiùs quàm vulgò leguntur vel intelliguntur. Sed tamen negari non potest, illos interdum etiam per-

erra-

errorem falsas sententias pro veris amplexos fuisse: unde Hottomannus ipsorum auctoritatem sæpè elevare solet, *Graculos* appellans: quamvis magis æmulatione Cujacii, quàm vero judicio ductus. Valeat igitur hic quoque illud vetus: ut omnia probemus atque exploremus: quod bonum est teneamus: nihil autem recipiamus, quod manifestis textibus Juris adversetur, præsertim pluribus, sicut ista Græcorum opinio clarissimis textibus suprà allegatis repugnat maximè *in l.7. quicquid C. Arbitrium tutelæ*: ac proinde repudianda nobis est, suisque auctoribus relinquenda, cum ipsorum bona gratia.

Atque hinc jam magis magisque constare arbitror, Tutelam regulariter non recipere culpam levissimam: *regulariter* inquam: Nam quod interdum tutor etjam levissimam culpam præstat, id non facit regulam: sed exceptiones constituit: ut 1. si ipse soleat in suis rebus esse diligentissimus. 2. si se obtulerit administrationi cæteris contutoribus prærepta, ut suprà exposui.

Sequitur ut probemus, *tutorem de casibus fortuitis regulariter non teneri, & hos ei imputandos non esse*. Id non solùm ex generali regula satis intelligitur; qua traditum est, ea quę fortuitis casibus accidunt, in nullo bonæ fidei judicio pręstanda esse. *l.6. C. de pign. act. & in fin. hujus legis*, sed etiam in specie expressum est, *in l.4. C de peric. tut.* ubi testantur Impp. hoc sæpè rescriptum esse. Exempla casuum fortuitorum adversus quos caveri non potuit, (id est, qui nulla humana diligentia, ope vel cautione prævideri, averti, aut declinari potuerunt) duo adferuntur *in l. 50. §res pupillaris. ff. de administr. & peric. tut.* Primùm Incursus latronum, quo res pupillaris periit: qui alibi vocatur *impetus prædonum*, ut infrà, *hac ipsa lege nostra*, & *aggressura latronum* in *d. l.6. C. de pign. act.* Alterum exemplum est, si argentarius, cui tutor mutuam dedit pecuniam pupillarem labatur facultatibus, & fiat non solvendo: cum quidem tempore contractus esset celeberrimus, id est, ab omnibus pro idoneo haberetur, & qui facilè solvendo esset. His facilè erit plura exempla aggregare: ut si domus pupilli conflagret incendio, cum omnibus aut plerisque ejus bonis, absque culpa tutoris: item si fundus pupilli chasmate, id est, hiatu terræ perierit: item si segetes calamitate fuerint affectæ.

Est tamen quando etiam de casu fortuitò tenetur tutor: nimirum, quando ipsius culpa præcessit casum & interitum rei. Ratio est, quia hæc est pœna culpæ ac negligentiæ ejus qua occasionem dedit casui, eumque accersivit, cùm potuisset præcavere. Imò hic casus fortuitus fuisse non videtur, quia adversus eum caveri potuit: Nam casus fortuitus definitur vis major, qui nulla diligentia prævideri, præcaveri, & averti potuit. Exemplum est in *l. 3. C. de periculo tutor.* ubi proponitur, tutor habuisse res pupillares in hospitio suo: cùm deberet eas potiùs vel in horreo conditas habere, vel etiam venundare: quæ res vi ignis absumptæ sunt. Respondent Impp, damnum illud non spectare ad pupillum, sed ad tutorem: & contrarium poscentem tutorem, rem non probabilem desiderare. Cur ita? Quia damnum tale potuisset evitare tutor, si alibi eas res asservasset, vel etiam distraxisset: Proindeque quod ipsius culpa accidit vel segnitia, id meritò ipsi imputatur.

Non

Non est hic prætermittendus insignis locus de ACTIONIBUS, ex tutela vel occasione ejus nascentibus: & de concursu actionum, sive de affinibus remediis: quæ sanè non sunt pauca, ideò introducta, ut pupillis quàm plenissimè consulatur.

Duæ autem sunt præcipuæ Actiones, una Tutelæ Directa, altera Tutelæ Contraria. Quarum Illa datur pupillo ejusque heredibus adversus tutorem & ejus heredes: (diversimodè tamen, & leniùs contra heredes, quàm ipsum tutorem, ut suprà attigi ex *l.4. C. de in litem jurando.* eaque de re est *tit. C. de heredib. tutorum*) ad reddendas rationes administrationis, vel cessationis, restituendamque tutelam, sive reliqua; & præstandum, quicquid omninò pupillus vel damni acceperit, vel lucri non adquisiverit, cum posset; dolo, lata, vel levi culpa tutoris: secundùm ea quæ suprà in explicatione regulæ nostræ dicta sunt. Hæc verò datur tutori & heredi ejus adversus pupillum, & heredes ejus, de indemnitate, hoc est, si quas impensas de suo fecerit tutor in res pupilli, vel pro pupillo, eas recuperet, atque ita indemnis præstetur. Quod sanè est æquissimum. Nemini quippe suum officium debet esse damnosum. *l.17. ff. testamenta quemadmod. aperiantur. l.61. §. quod verò. ff. de furtis & l.15. ff. Mandati. Paulus lib.5. sent. t.6.* §. 10. Quò spectat illud Plauti *in Cistellaria*: *Ne benemerenti sit malo benignitas.* Eaque ipsa æquitas ferè omnes contrarias actiones introduxit: in quibus scilicet agitur de calculo & indemnitate. Notandum est autem hos sumptus posse tutorem servare non solùm contrariâ tutelæ actione adversus pupillum proposita: sed & compensatione: ut scilicet dùm ipse convenitur Directâ tutelæ, in tutela & reliquis restituendis deducat ea quæ pro pupillo impendit. *l.1. §. præterea. ff. de contraria tutela. l.3. C. eod. & l 2. C. de in litem dando tutore: & facit huc l.18. In rebus. §. fin. ff. Commodati.* Ulpianus has vocat *reputationes. in l.2. ff. ubi pupillus educari debeat.* Porrò in utramque harum actionum veniunt etiam usuræ: utpote in judicio b. fidei: quod de contraria tutelæ dicitur in *l.3. §.1. vers. consequitur. ff. de contraria tutelæ*, ubi agitur de usuris quas pupillus tutori præstat. De illis v. quas tutor præstat pupillo est *l.7. §. quæ sint. ff. de administr.* Et quia hic nonnulla sunt singularia, proprius datur titulus in Codice, *de usuris pupillaribus*. Conveniunt etiam ambæ hæ actiones in eo, quod neutra datur durante tutela. *l. 9. si tutor. §. generaliter. & §. ult. l. 18. cum tutor. in fi. ff. de tutelæ & rationibus distrahend. l.1. § finito. ff. de contraria tutela & alibi.* In eo autem differunt istæ actiones, quod Directa infamat condemnatum, Contraria non item. *l.1. §.6. qui pro socio. ff. de his qui notantur infamia. & §. Ex quibusdam. Inst. de pœna temerè litigantium.* Sed quod Oldendorpius *classe 4. act.32.* hanc quoque differentiam constituit; ut Directa tutelæ sit civilis; Contraria verò prætoria; id equidem probare non possum. Neque enim hujusmodi collectio valet: Hanc actionem proposuit prætor, (quod de contraria tutelæ fateor dici in *l.1 in princ. ff. de contrar. tutelæ.*) Ergo hæc actio est prætoria. Nam Prætor multas etiam civiles actiones in edicto suo proposuit, *arg. l.1. in pr. ff. commod. Item alibi.* quas tamen nemo sanus ob id dixerit esse prætoris: cùm illæ demùm actiones sint prætoriæ, quæ ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt: sive quas Jure Civili incognitas prætor primùm introduxit: non autem quascunque approbavit.

vit, & in Edictum suum retulit. Hoc igitur teneamus: Contrariam tutelæ actionem non minus esse civilem, quàm sit actio Directa.

Porrò à Tutelæ actione diligenter discernenda est actio Protutelæ. Hæc enim datur Directa quidem in eum, Contraria verò ei, qui pro tutore negotia pupillaria gessit, h. e. qui cum revera tutor non esset, tamen munere tutoris functus est in re impuberis. Nec interest, sive quis putarit se tutorem esse, sive cùm sciret se non esse, tamen finxit tutorem. *l.1. in pr. & §.1 ff. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.* Hic eandem fidem & diligentiam præstare debet quam verus tutor præstaret, ut monet Oldendorpius *classe 4 act. 33. in fin. arg. l. pen ff. d. t. in verbis: ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat.* Est autem hæc memorabilis differentia inter actionem tutelæ & Protutelæ, quod ista etiam ante pubertatem, & ante finem tutelæ datur. *l.1. §. finito. vers. sed si pro tutore. ff. de eo qui pro tutore,* (ubi ait Ulpianus, nullam de hoc disputationem esse,) cùm illa non nisi post pubertatem & finita tutela detur, ut suprà dictum. Cætera verò communia sunt, atque eadem actioni Tutelæ & Protutelæ, ut docet Oldendorpius *d. loco.* Illud quoque notandum est, si quid falso tutore auctore gestum sit, de eo dari primò contra pupillum restitutionem in integrum ei qui justo errore ductus cum ipso contraxit. *l.1. §. ult. ff. quod falso tutor. auctor.* Dixi, *justo errore ductus.* Nam aliud est, si quis sciat hunc tutorem non esse, & tamen auctoritatem ejus in contrahendo sequatur. Huic enim non dabitur restitutio in integrum, quia se ipsum decepit, ut ait JCtus. 2. Dari in talem falsum tutorem quanti res est, si dolo malo auctor factus fuerit. *l 7. novissimè. in pr & l 11. falsus. in pr. ff. qui falso tutore auctore, &c.* Hìc non dico, *si sciens,* sed *si dolo malo.* Nam scientia non statim incidit in dolum malum, sive non quælibet scientia est dolus malus. *d. l.1. §. 1.* Observandum est autem de hac actione in factum, quod neque post annum in falsum tutorem detur, neque omninò in heredem cæterosve successores. *l.9. §. 1. ff. d. t.* Etsi enim in hanc actionem non venit pœna, sed veritas: id est, vera rei æstimatio, sive quanti res est. *l.7. §. quod ait. ff. eod. t.* tamen & factum puniunt, & in dolum concipiuntur istiusmodi actiones, ut ait idem Ulpianus *in l.9. §. 1. eod. t.* Tales autem actiones non dantur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, item nisi lis fuerit contestata cum defuncto. *l.26. in heredem. ff. de dolo malo, cum similibus.*

Pergamus ad alias actiones quæ ex tutela vel occasione ejus competunt. Talis est inprimis ea quæ vocatur *Rationibus distrahendis.* Ea datur contra tutorem, qui ex bonis pupilli quid abstulit vel dolo, vel etiam sine dolo malo: & datur in duplum, non ejus quod interest, sed pretii rei: Cui tamen duplo & res ipsa inest ut non totum duplum sit pœna, quemadmodum in actione furti nec manifesti. *l.1. §. rationibus distrahendis. & §§. seqq. ff. de tutela & rationibus distrahendis, & l.2. eod. t.* Ex quibus jam satis intelligitur, quantopere differat hæc Rationibus distrahendis actio, à Tutelæ actione. Nam 1. Tutelæ actio est ex q. contractu; sed Rationibus distrahendis, oritur ex delicto vel quasi. 2. Tutelæ actio est rei persequutoria, & in simplum datur, id est, quanti res est: sed Rationibus distrahendis actio, est pœnalis, vel certè mixta, & in duplum datur. 3. Tutelæ actio datur heredi & in heredem; sed Rationibus distrahendis datur quidem heredi, non tamen etiam in

heredem. *l.1 §.penult. ff de tutelæ & rationibus distrahend.* Est enim hoc generale, ut pœnales actiones non dentur in heredem, *§.non autem omnes. Inst. de perpetuis & temp. actionib. l. sicubi pœna, & l pupillum §.in heredes. 1. infrà h. t. de R. I.* Nisi lis fuerit contestata cum defuncto. *l. 26. omnes pœnales. & l 58. sciendum est. ff. de oblig. & act. l. ult. §.1. in fin. ff. de fidejussorib. tutorum.* aut nisi ad heredem aliquid pervenerit. *d. l. sicubi pœna. cum similibus.* An autem Tutelæ actio tollatur per hanc Rationibus distrahendis, vel an hæc per illam; videndum est *in l. 1. §. in tutela. ff. de tutelæ & ration. b. distrahend.*

Sequuntur jam aliæ CONCURRENTES ACTIONES. Tales sunt 1. Actio furti. *l.2 §.1. ff. de tutel. & rationibus distrahend.* quæ datur, si tutor quid abstulerit ex bonis pupilli animo furandi. Hoc enim requiritur ad actionem furti, ut res affectu sive animo furandi sublata sit. *§ placuit. Institut. de obligat. quæ ex delicto nascuntur. cum similibus.* Veruntamen hic observandum: quemadmodum in socio rem, communem aufferente potiùs præsumimus, eum suo Jure uti, quàm furti & fraudis consilium inire voluisse. *l. 53. meritò. ff. pro socio.* Ita etiam in tutore non facilè nos furtum debere præsumere, sed in partem benigniorem potiùs inclinare: præsertim cum tutor loco domini habeatur in rebus pupilli. Hæc autem furti actio à rationibus distrahendis in eo differt, 1. quod sit ex vero delicto; cùm altera sit ex quasi delicto. 2. in eo, quod duplum in actione furti nec manifesti totum sit pœna, extra rem ipsam furtivam: ut notum est *ex Instit.* Sed in altera duplum continet rem ipsam, nec totum est pœna. 3. in eo, quod Furti actio est famosa: sed Rationibus distrahendis non infamat: tametsi opinionem tutoris malè versati apud bonos viros gravet, ut rectè monet Oldendorpius *class. 4. act. 36.*

Secundò, Concurrit etiam Condictio furtiva. *d. l.2 §.1. & l.9. si tutor. §. ult ff. de tut. & rationib. distrah.* Cujs differentiam ab actione furti ostendit Ulpianus *in l.7. §.1. ff. de Condictione furtiva.* An autem vel furti actio, vel condictio furtiva, tollatur per actionem rationibus distrahendis, vel non, docetur *in l. 1. §. hunc tamen tutorem & in l.2. §.1. ff. d. t.*

Tertiò, Concurrit etiam actio damni injuriæ sive legis Aquiliæ, ut est *in d. l. 9. §. fin. d. t.*

Præterea concurrit quoque cum actione Tutelæ actio Depositi, item actio Commodati: Nempe si pater pupilli rem aliquam deposuerit apud tutorem, vel ei commodaverit, eamque tutor non reddat. *l. 5. si tutor. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis.* Ubi etiam datur condictio ob turpem causam, ad repetendam pecuniam, si quam fortè acceperit tutor, ut redderet depositum vel commodatum. Tali enim ex causa turpiter accipitur pecunia: cùm ultrò & gratis facienda sit restitutio depositi vel commodati. Conferatur *l. ultim. ff. de condictione ob turpem causam.*

Adhæc concurrit cum actione tutelæ, etiam Negotiorum gestorum actio, ut est in *l.13. si tutor. & l. sequent. ff. de tutel. & rationibus distrahendis.* Ubi notanda est hæc distinctio inter negotia pupilli, quæ tutor post pubertatem, id est, finitâ tutelâ administrat: ut si quidem connexa sint prioribus, atque ex illis dependeant,

tunc

tunc veniant in actionem negotiorum gestorum. In hanc enim devolvitur judicium tutelæ: ut eleganter loquitur Ulpianus *in d. l. 13.* Ratio differentiæ est, quia aliàs quoque continentia caussarum non est dividenda: qua de re diligenter scripsit Petrus Frider. Mindanus. Et hæ quidem ferè sunt actiones, quæ dantur contra tutorem ejusve heredes.

Restant aliæ, quæ contra alios ob tutelam dantur. Talis est inprimis actio Hypothecaria, quæ datur de rebus tutoris contra quemlibet illarum possessorem. Nam cùm lex concesserit pupillis & minoribus tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris & curatoris pro officio administrationis, vel etiam si cessaverit in suo officio: Rectè ea bona sibi vindicant minores per hanc actionem, quæ est in rem, sicut superiores omnes fuerunt in personam. Hac de re videatur *l. 20. pro officio. Cod. de administrat. tutor. & l. unica. §. & ut plenius. Cod. de rei uxoriæ actione.*

Deinde habent etiam pupilli actionem contra fidejussores tutorum, & contra nominatores, & contra affirmatores, eorumque heredes: ut est in *tit. ff. de fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum. & t. C. de fidejussoribus tutor. & curator.* Et affirmatores, (id est, qui idoneos esse tutores affirmarunt) nominantur. *in l. 4. §. fi. ff. d. t.* Sciendum est autem, tutores præter illam tacitam hypothecam omnium bonorum pro administratione sua pupillis obligatorum, aliam quoque cautionem sive satisdationem præstare debere, videlicet rem pupilli salvam fore, quæ est stipulatio, & satisdatio prætoria, de qua agitur *in Digestis proprio tit. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore, & in §. fin Institut. de divisione stipulationum.* Dicitur autem & *Satisdatio salvam tutelam fore*; ut in *leg. 2. Cod. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* Omnis autem stipulatio prætoria sive satisdatio, desiderat personas intervenientium, id est, non fit nisi datis fidejussoribus. *l. 7. prætoriæ. ff. de stipulationibus prætoriis, & l. 1. ff. qui satisdare cogantur.* Quanquam autem omnis fidejussio regulariter fit per stipulationem. *l. 12. blanditus. Cod. de fidejussoribus. & §. ultim. Institut. eodem tit.* Stipulatio autem non fit nisi utroque loquente, ut est *in lege prima, ff. de verborum obligationibus.* tamen in istis fidejussoribus, qui spondent, Rem pupilli salvam fore, hoc singulare est, quod etiam tacitè fieri potest, nempe si non contradicat quis, cum à tutore præsens nominaretur, sed patiatur nomen suum in acta publica referri. *lege quarta, paragrapho ultimo, ff. de fidejussoribus tutorum.* Quod exemplum tacitæ stipulationis probè notandum puto: cui vix aliud simile reperias in toto Jure, præter illud de dote, de quo aliàs dixi ex *lege unica. Cod. de rei uxoriæ actione, & §. fuerat. Institut. de Actionibus.* Deinde & hoc singulare est in istis fidejussoribus tutorum, quod non habent beneficium divisionis, aliàs pluribus fidejussoribus competens, ex epistola D. Hadriani, ut notum ex Institut. Nam in pupillo beneficium dividendæ actionis, visum est habere injuriam, ut eleganter ait Papinianus *in l. final. ff. Rem pupilli salvam fore.* Sed quæritur, quanam actione isti fidejussores teneantur?

X 2 Putat

Putat Nic. Vigelius *in methodo Iuris Civilis, parte secunda, libr. 5. cap. 18.* dari contra eos quoque actionem tutelæ: in quo certè fallitur. Nam actio tutelæ contra neminem dari potest, nisi aut tutor fuerit, aut heres tutoris. Atqui fidejussor tutoris, neque tutor est, neque heres tutoris. Verius est igitur, dari potiùs ex stipulatu actionem. Idque expressum est *in l. 5. ff. de fidejussoribus tutorum, & in l. 1. ac l. 4 §. 4. hanc stipulationem. & §§. seqq. ff. Rem pupilli salvam fore*: quæ actio eo casu Utilis est, quando alius pro pupillo vel infante, vel absente stipulatus est, *l. 4. in princ. ff. dict. t. & l. 1. §. 16 planè. ff. de magistratibus conveniendis.* Directa enim sive ipso Jure actio ibi dari non potest pupillo, propter regulam Juris, quæ vult, per extraneam sive liberam personam, id est, Juri alicujus non subjectam, alteri non posse adquiri obligationem sive actionem. *l. 11. solutum. §. per liberam. ff. de pignorat. act. §. Ex his itaque. vers. & hoc est quod dicitur. Inst. Per quas personas cuiq; adquiritur. item §. si quis al j. Instit. de verb. oblig. & l. stipulatio ista. 38. §. alteri. ff. eod. t.* Sed pupilli favori hoc datum est, ut in locum directæ actionis deficientis, accommodetur ipsi utilis actio: quæ & aliàs propter æquitatem benignitatemque dari solet. Hæc autem ex stipulatu actio, quæ contra fidejussores tutorum competit, hoc habet commune cum actione tutelæ, quod finitâ demum tutelâ competat, *dict. l. 1. & dict. l. 4. §. 4. ff. Rem pupilli salvam fore.*

Postremò datur etiam pupillo nomine tutelæ actio contra Magistratus municipales, qui aut omninò non curarunt satisdari, aut non idoneè caveri. (Hæc enim duo paria sunt. *l. 6. ff. qui satisdare cogantur. & l. 2. ff. de auctor. tutor.*) quæ vocatur *actio subsidiaria* in *l. 1. in princ. & §. non tantum. de magistratibus conve. & §. penult. Institut. de satisdat. tut.* Quia scilicet in subsidium datur, & ultimum præsidium adfert pupillis, si non possint suum consequi, vel indemnes præstari, neque à tutoribus ipsis, neque à fidejussoribus, neque ab heredibus utrorumque. Quamdiu enim vel unus ex tutoribus idoneus est, non potest ad magistratus perveniri qui dederunt, *l. 1. §. 15. usque adeò. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis.* ubi ait Ulpianus, hoc sæpè rescriptum esse: Etenim certus est ordo à Jure præscriptus, secundùm quem ordinem & non pro cujusque cupidine oporteat actiones exerceri, ut pulchrè docet Oldendorpius & legibus comprobat *classe 4. act. 37.* Introducta est autem hæc actio per Senatusconsultum, ut est in *lege secunda, ff. de magistratibus conveniendis.* quod auctore D. Trajano factum esse, didicimus ex *lege penultima, C. eod. tit.* Sicut autem tutor non præstat pupillo casus fortuitos, & fortunam, ut suprà dictum: ita nec magistratus. *lege prima, §. undecimo, si magistratus. & l. 6 ff. de magistratibus conveniendis.* Deinde sicut heres tutoris leviùs obligatur, quàm tutor ipse, de quo item supra dictum est ex *l. 4. Cod. de in litem jurando,* & ex *tit. de heredibus tutor.* ita & heres magistratus. *lege quarta, non similiter. & l. 6. quod ad heredem. ff. de magistratibus conveniendis.* Dixi autem, dari hanc actionem in magistratus *municipales.* Nam majores magistratus, sive urbani sive provinciales sint, qui Jus dandi tutores habent, ut prætores, præsides, & cæteri, hac actione non tenentur. *lege prima, §. 1. de magistratibus conveniendis.* Idque duplici de causa: Primò, ut parcatur ipsorum

ipsorum dignitati: Deinde quia ferè non ex suo arbitrio constituunt tutores, sed relatu magistratuum municipalium, & ad horum nominationem, quorum fidem sequuntur: ipsi v. satisdationem exigere non coguntur. Quæri potest, ex qua causa detur ista subsidiaria actio, an ex contractu, an ex delicto vel quasi? Et assentior Oldendor. *classe* 4. *act.* 37. utroque casu, hoc est, sive magistratus satisdationem exegerit, sed minus idoneam, sive nullam exegerit, teneri eos ex quasi delicto: quia in dolo aut certè lata culpa versantur. Et hæc sententia probari quoque potest per *l.* 1. §. 6. *magistratibus*. ff. *d. t.* ubi dicitur magistratibus imputari posse, quod muneri mandato non paruerint: quibus verbis significatur delictum vel quasi. Et tamen hoc est singulare in ista actione, quod quamvis ex q. delicto oriatur, non tamen sit pœnalis, sed rei persequutoria; & proinde in hæredes quoq; magistratus detur: tametsi in hos non semper neque tam duriter, quam in ipsos magistratus, ut & paulò ante dicebam. Plurimum verò interest, utrum magistratus dolo fecerit, quo minùs pupillo caveretur, an culpa duntaxat omiserit satisdationem. Priore namque casu unusquisque in solidum conveniri potest à pupillo hac actione: posteriore v. tantùm pro virili portione singuli tenentur: quæ distinctio traditur à Celso *in l.* 7. ff. *de magistrat. conven.* Et ratio differentiæ hæc est, quia scilicet ex dolo suo in solidum obligatur, & dolus graviorem pœnam meretur quàm culpa quamvis lata. Habet hoc quoque peculiare ista actio: quòd cùm aliàs actori incumbat probatio, & ei qui dicit non qui negat. *l.* 2. *& l.* 21. *verius*, *cum simil.* ff. *de probationibus*, hìc tamen probatio exigitur non à pupillo actore; ut is doceat, fidejussores non fuisse solvendo, cum acciperentur: h. e minùs idoneè cautum fuisse; Sed ab ipso magistratu, ut is probet, & solvendo, & idoneos eos tunc fuisse. Ad extremum non dissimulabo hìc de ista actione subsidiaria, illam non solùm in Gallia abiisse in desuetudinem; sed etiam in Germania, vix amplius usurpari: quod testatur *in selectis Disputat. suis* Treutlerus, *part.* 2. *disp.* 9. *thesi* 7. *lit. e.*

Sequitur alia concurrens actio, quæ *Suspecti postulatio*, itemque *accusatio* appellatur. Est autem hæc actio quasi publica, quæ omnibus pateat *l.* 1. §. 6. *consequens* ff. *de suspect. tut. & curat. &* §. *consequens. Institut. eod. t.* h. est, actio ista est popularis, quæ cuivis ex populo conceditur, & quæ suũ Jus populo tuetur. *l.* 1. *ff. de popularib. actionib.* De qua actione observentur sub titulo jam dicto sex ista capita, quæ eleganti æconomia proponit Ulpianus in *l* 1. §. 1. ff. *de suspect. tut.* Ita res tota erit facilima. Multum autem refert, utrùm quis ob dolum & fraudem remotus sit tanquam suspectus; an verò tantùm ob culpam sive segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem & ineptiam. Priore enim casu famosus quis efficitur: posteriore non item: sed integra æstimatione abit tutelà *l.* 3. §. *ult. cum l. seq.* ff. *de suspectis tut. l. ult. C. eod. &* §. *suspectus. autem Instit. eodem & l* 2. *C. de tutore vel curatore qui satis non dedit*, Disputare autem solent interpretes, an etiam ob latam culpam remotus fiat infamis, de quo alibi dicendi locus est.

Postremò notandum est, præter actiones civiles & ordinarias, de quibus hucusque egimus, esse etiam extra ordinarias coërcitiones, quibus nonnunquam puniuntur tutores, non solum liberti (qui quantò plus debent patronis, eorumque li-

beris, ob summum beneficium libertatis; tantò graviore digni sunt animadversione, si officium non fecerint, aut perfidi extiterint, circa tutelas sibi commissas) non solùm inquam liberti, sed & alii sæpè extraordinariâ animadversione puniuntur, malè versati in tutela: Et memini, nostris quoque temporibus tutores aliquando ordine senatorio motos, & pecuniâ mulctatos fuisse, quòd ex bonis pupillorum suorum aliqua sibi emissent. Hac de re videatur *l. 4. & l. 10. si liberti. Cod. de administrat. tutor. l. 49. ob fænus. ff. eod. l. 9. in eos. ff. de tutelis. l. 1. §. solent. ff. de officio præfecti urbi, l. 3. §. 15. sed si non latitet. & §. seq ff. de suspect. tut. denq. §. penult. Inst. eod. t.*.

Sunt & aliæ concurrentes actiones, quæ pupillo competunt: ut vindicatio rerum suarum, a tutore inutiliter & contra jus alienatarum: ut petitio rei, quam tutor comparavit sibi ex pecunia pupillari: *l. 3. & ibi glossa plures Leges adducens. Cod. arbitrium tutelæ*: ut pristina actio, v. g. mutui vel alia, de eo quod tutor debuit patri pupilli: *l. 4. §. debitor. & l. 8. §. nequaquam, cum seqq. ff. de administrat. tut. l. 4. Cod. eod. t. l. 69. tutor. ff. de fidejussoribus, l. 5. de tutelæ & rationibus distrahend.* Datur quoque interdum loco actionis tutelæ, actio Negotiorum gestorum; nempe Utilis: v. g. si postumo datus tutor administraverit negotia, nec tamen natus fuerit postumus. *l. 19 si nemo. §. ultim. ff. de testamentaria tutela. l. 1. § si quis. ff. de eo qui pro tutore l. 28. cum pater. ff. de negotiis gestis, l. 24. si postumo. ff. de tut. & rationib. distrahendis.*.

Atque hæc de tutoribus quibusnam illi actionibus teneantur pupillis suis, & obiter quas ipsi contra eos habeant. De curatoribus uno verbo admonendum, in hos competere Utilem Negotiorum gestorum actionem Directam; & ipsis dari utilem negotiorum gestorum actionem contrariam *l. 26. cum quadam. vers. satis enim. Cod. de administrat. tutor. & l. 7. quicquid Cod. arbitrium tutelæ*: In utraque lege observandum, quod nomen Actionis Tutelæ, referendum sit ad Tutorem; sed Utilis negotiorum gestorum, ad Curatorem: quod idcirco moneo, ne quis forte putet, etiam pupillo contra tutorem dari utilem actionem negotiorum gestorum, & hanc concurrere cum Tutelæ actione: vel adolescenti quoque contra curatorem Tutelæ actionem perinde dari, sicut Utilis negotiorum gestorum: quod esset falsissimum. Ratio autem quare in curatorem non detur Directa negotiorum gestorum actio, sed utilis, (qua quidem etiam successores curatoris tenentur *l. 17. Curatoris Cod. de negotiis gestis.*) hæc est: quia neque verba edicti, quo proposita est Negotiorum gestorum actio, neque mens prætoris ad curatorem referri possunt. Loquitur enim edictum illud de iis tantum, qui voluntariè suaque sponte ad negotia aliena accedunt. *l. 3. in princip. ff. de negotiis gestis*, non autem de iis qui ex necessitate, qualis est curator. Nam Cura non minùs quàm Tutela est munus necessarium, quod etiam invito injungitur, *§. 1. Institut. de Curatoribus.* Deinde loquitur Edictum de gerentibus negotia aliena. *d. l. 3. in princip.* Atqui curator cum ex debito officii sui gerat, magis sua curat negotia, (nem-

pe:

pe quod ad administrationem, in qua suo periculo cessaret.) quam alterius, scil. minoris. Ita rectè Johan. Oldendorpius *classe 4. act. 25.* ac secundùm hæc intelligendus est Ulpianus, cùm *in d. l. 3. §. penultim. de Negotiis gestis* scribit; Non tantùm eum qui spontè, & nulla necessitate cogente, immiscuit se negotiis alienis, sed & eum qui necessitate aliqua urgente, vel suspicione opinionéve necessitatis gessit, teneri negotiorum gestorum. Sub hac enim distinctione accipere debemus: ut primò quidem casu detur Directa actio, sed reliquis duobus casibus Utilis. Sic alibi quoque tametsi simpliciter nominetur *Negotiorum gestorum actio*, tamen subaudienda est *Utilis*; ut *in l. 4. militiæ armatæ. Cod. qui dare tutores vel curatores possunt, & apud Paulum lib. 1 sentent. tit. 4. §. qui cum tutor, ubi Cujacius hoc notat.* Quanquam hæ duæ actiones, Directa & Utilis, ejusdem sint potestatis, eundemque habeant effectum: ideoque non intersit hodiè, utrâ quis experiatur, *l. 47. Actio. §. 1. ff. de negotiis gestis.*

Hæc de Tutela & Cura ideò paulò pleniùs tractare volui, quod argumentum illud valdè sit utile ac frequens, ac propemodum quotidianum. Deinceps ad alium quasi contractum pergamus.

CAPUT DUODECIMUM,

DE NEGOTIIS GESTIS.

PRæcessit unus quasi Contractus, *Tutela* scilicet: ubi vidimus, quid regulariter præstari debeat à tutore: & quæ actiones ex tutela, ejusve occasione nascantur. Sequitur *in l. nostra* alia Quasi contractus species videlicet *Negótia gesta*: De hac specie agitur *in Institut. §. 1. de oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur, & l. 5. in princ. ff. de oblgat. & act. & t. t. ff. & C. de negotiis gestis.*

Initiò autem diligenter separanda est Negotiorum gestio à Mandato: cum quo cognationem habet, & quidem tantam; ut sæpè dubitatum sit à JCtis, an daretur Mandati actio, an Negotiorum gestorum. Discernendus quoq; est Negotiorum gestor à Mandatario sive Procuratore. Differunt enim 1. in eo, quòd Mandatum sit verus & proprius contractus: Negotiorum gestio autem est q. contractus sive improprius; ut appellare mavult Dn. Vulteius. Interdum tamen Negotiorum gestio absolutè dicitur contractus, ut bis fit *in una l. 16 sed & cum aliquis. ff. de neg. gestis*, & *in hac ipsa l. nostra*; quomodo & tutela contractibus annumeratur à Paulo *in l. 49. Ex contractibus. ff. de obligat. & act.* Sed hoc fit abusive,

& in

& in latiore significatione vocabuli contractus, de quo & suprà admonui. 2. Negotiorum gestor propriâ voluntate constituitur, & propria etiam voluntate definit, *l. 20. Tutori. C. de Negot. gestis*: unde etiam *voluntarius procurator* appellatur, apud Ciceronem & JCtos. Sed Mandatarius sive Procurator proprie & absolutè sic dictus, alterius mandato constituitur. *t. t. ff. Mandati, & Institut. t. de mandato.* Etsi autem ab initio cuilibet liberum est mandatum non suscipere, tamen susceptum consummandum est, § *Mandatum Instit. d. t.* nec potest qui id suscepit deserere officium promissum. *l. 27. si quis. §. qui mandatum. 2. ff. mandati, & l. 17. In commodato §. 3. sicut. ff. commodati: & facit l. 5. sicut. C. de obligat. & act.* Ex quo apparet hoc genus procuratorum necessarium esse, non voluntarium, ut & Cuiacius admonuit *in paratitl. Codicis.* Non enim potest Mandatarius quando vult desinere: sed in Negotiorum gestore propriè voluntas finem administrationis facit, ut ajunt Impp. in *l. 20. in pr. C. de negotiis gestis*, Quod tamen intelligendum est cum illo temperamento, quod tradidit Paulus in *d. l. 17. ff. commodati*, & idem Paulus in *l. 21. Nam & Servius. §. 2. si vivo. ff. de negotiis gestis*: Nempe, ne impunè deserat inchoata quæ peritura sunt; quia alius attingere noluit, semel ab alio inchoatam: Sed quòd ad alia nova & separata negotia, verissimum est quod *in allegata l.* 20. dicitur. Ea enim attingere & gerere nemo cogitur, etiamsi alia gesserit. Ratio ibidem additur humanissima & æquissima: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur, vel in una specie, inquit Papinianus *in l. 39. tutores. §. 2. qui se negotiis. ff. de administrat. tutor.* quem Impp. *in l. 20.* imitantur, sicut alibi quoque libenter solent Papiniani verba imitari, ut exemplum est insigne *in l. 17. salarium. C. Mandati*, quæ ferè ad verbum est desumpta ex *l. 56. ff. eodem.* 3. Mandatarius obligatur etiam, antequam quicquam gerere cœperit ex negotiis alterius. *l. 6. §. 1. ff. mandati*, Sed Negotiorum gestor non ante obligatur quam quid gerere cœperit, Cuiacius *in parat. C.* Itaq; in Mandato nascitur obligatio ex nudo consensu, sed in Negotiorum gestione non nisi ex re, id est ipsa administratione negotiorum. 4. Differunt etiam genere actionum: Nam ex Mandato nascitur actio Mandati directa & contraria, *t. t. ff. & C. Mandati vel contra.* Negotiorum v. gestorum hîc non datur, ut disertè scripsit Ulpianus *in d. l. 6. §. 1. ff. Mandati* sed ex Negotiorum gestione competit actio Negotiorum gestorum; Mandati v. cessat. *d. l. 6. §. 1. Mandati, & l. 5. ff. de negot. gestis.* Nisi cum quis proposuisset gerere alterius negotia, accesserit mandatum domini illorum: tunc enim utraque actio datur. *l. 3. §. ult. ff. de neg. gest.* Nec obstat *l. 16. si negotium. C. de neg. gestis.* ubi datur & Mandati & Negotiorum gestorum actio inter fratrem & sororem, cujus negotia ille gessit. Respond. dari quidem utramque actionem, sed ex diversis causis, & alio atque alio casu. Mandati enim, eâ mandante vel rogante, Negotiorum verò gestorum, si frater negotium sororis gerens, pro ea solverit, nempe cùm illa nihil ipsi mandasset. Relatio enim diversarum clausularum alicuius legis, aptò & convenienter ad sua membra, non ad aliena facienda est. Posset etiam dici, *in d. l. 16.* contineri similem casum *legi 3. §. ult. ff. eod.* atque ita exceptionem. Interdum tamen fit, ut mandatum quidem interve-

terve-

terveneri, & tamen non detur indè actio Mandati, sed Negotiorum gestorum. Exemplum est *in l.19. Atquin natura. §.2 si libero homini. ff. de Negotiis gestis*, ubi proponitur bonæ fidei possessor mandasse libero homini bona fide possesso, ut negotia sua gereret: is gessit: & tamen non tenetur Mandati, sed Negotiorum gestorum. Hoc ideò, quia talis non libera voluntate mandatum exequitur (quò casu proculdubio daretur Mandati actio) sed q. ex necessitate servili. Ignarus enim suæ conditionis, putat se esse servum, & debere domino suo in omnibus obedire. *argument. l. ad ea. 157. infrà h. t. de Regul. Jur.* Sic etiam fit quando alius quàm dominus mandavit. Nam tunc quoque datur domino non Mandati actio; sed Negotiorum gestorum. Similiter si quis errore ductus putavit sibi mandatum esse, cum non esset mandatum. Quinta differentia est hæc: quod actio Negotiorum gestorum (contraria videlicet) datur etiam in ignorantem & invitum. *l. 2. & l. 39. solvendo. ff. de negot. gest.* etiam in pupillum & furiosum. *l. 3. § etsi furiosi. & l. 6. in princip. cum l. 21. nam & Servius. §. 1. ff. de neg. gest.* Nam ne pupillus quidē vel furiosus locupletari debet cū alterius damno & jactura: id quod fieret, si nulla actio daretur negotiorum gestori adversus tales, ad repetendas impensas pro ipsis factas. Sed mandati actio non datur in invitum & ignorantem: quia mandatum est contractus qui consensu fit, ut notum ex Institut. Ignorantes autem & inviti non consentiunt, sicut neque errantes. His accedat & sexta differentia. In Mandato venit dolus, & lata & levis, & levissima culpa: sed in Negotiis gestis levissima culpa non venit: de qua controversia paulò latius dicam infrà.

Hic opportunè illud quæritur, an ex ratihabitione, h. e. si quis id quod sine suo mandato gestum est. posteà approbet ac ratum habeat, detur actio Negotiorum gestorum, an verò Mandati. Hac de re sunt Leges in speciem contrariæ. Nam Ulpianus *in l. 60. h. t. nostro* disertè dat Mandati actionem. Contrà Imp. Antoninus *in l. 9. si pecuniam C. de negot. gestis. & in l 3. Cod. de contrahen. & committen. stipulatione*, dat Negotiorum gestorum actionem: sicut etiam Julianus *in l. 6. §. 9. item quæritur. ff. de Negot. gestis.* Multa turbant interpretes, ut hanc antinomiam concilient, & Glossa ipsa valdè se hìc torquet, quatuor adferens solutiones diversas. Cuiacius putat utramque actionem competere, tàm Mandati, quàm Negotiorum gestorum, ita ut in arbitrio sit domini negotiorum, utrà malit experiri. *argument. l. 5. de eadem re. ff. de exceptione rei judicatæ.* Mihi videtur simplicissima & verissima explicatio, quam à Domino Giphanio didici *in commentar. Codicis ad d. l. 3. C. de contrahen. & committen. stipulat.* nempe ut distinguamus inter ratihabitionem præsentis & absentis: & ex ratihabitione præsentis demus actionem Mandati: sed ex ratihabitione absentis demus actionem Negotiorum gestorum: quæ distinctio confirmatur per *ipsam l. 3. in verbis: in personam ejus absentis. &c.* Et ratio differentiæ inter absentem & præsentem hæc est, quia in eo qui præsens ratum habet, potest locum habere illa fictio, q. videatur mandasse: qui verò absens ratum habet, in eo talis fictio non valet, qua

mandatum tacitum intervenisse possimus interpraetari aut intelligere, *argument. l. 22. si mandavero.* §. 10. *si curator. ff. Mandati.* Ubi contra curatorem bonorum, qui vendidit nec solvit creditoribus, datur actio Mandati praesentibus: Sed Negotiorum gestorum, absentibus. Similiter ex fidejussione pro absentibus datur actio Negotiorum gestorum: ex ea verò quae pro praesente & patiente interposita est, Mandati actio competit. *l. 6. §. 2. si passus sum. & l. 18. qui patitur, & l. 20. ex mandato. §. 1 ut l. 53. qui fide alterius. ff. Mandati.* Et universè, magnam in toto Jure differentiam constituit absentia & praesentia: ut praeclarè demonstrat Giphanius *d. loco.* Et haec hactenus de differentiis Negotiorum gestionis & Mandati.

Porrò differunt etiam Negotia gesta à Tutela (cum qua hoc habent commune, quod utrobique negotia alterius administrantur: utrobique etiam obligatio quasi ex contractu oritur) in his potissimum. 1. Negotiorum gestio est voluntaria sive spontanea: sed Tutela est necessaria. 2. Negotiorum gestio plerunque est singularis, rarissimè verò universorum bonorum: Tutela est universalis: Nam tutor datus ad universum patrimonium datus esse creditur: ut ait Imper. *in §. datus. Institut. de excusat. tutorum.* Unde fit, ut Tutelae judicium sit universale, sed Negotiorum gestorum singulare. 3. Ex Negotiis gestis contrahitur obligatio inter dominum rei, & negotiorum gestorem: Ex Tutela verò inter tutorem & pupillum. 4. denique differunt genere actionum: Ex Negotiorum gestione, oritur actio Negotiorum gestorum, ex Tutela actio Tutelae; & aliae concurrentes, de quibus diligenter exposui, *suprà cap. praecedente.* Placet autem quod eleganter scribit Cuiacius *in parat. C. de negot. gest.* ex alienorum negotiorum gestione, oriri hanc plejadem actionum, id est, hunc septenarium. 1. Mandati: 2. Tutelae: 3. Protutelae: 4. Funerariam: 5. De in rem verso: 6. Actionem in factum ex edicto de rebus auctoritate judicis possidendis. 7. Negotiorum gestorum, vel simpliciter Actionem negotiorum. Deinde & alias actiones omnes quae sunt ex contractu vel quasi, dici esse ex negotio gesto: veruntamen hanc solam de qua agimus sibi vindicasse nomen generis, ut quasi κατ' ἐξοχὴν appellatur Negotiorum gestorum actio.

His praemunitis, nunc videamus quid praestandum sit in negotiorum gestione. REGULA haec est: *Negotiorum gestio ex natura hujus quasi contractus recipit dolum & culpam*: ut hic *l. nostra, id est: Negotiorum gestor obligatur ei cujus sunt negotia, ad praestandum dolum, & latam culpam, ac levem: non etiam ad levissimam: & multò minùs ad casus fortuitos.* Probatur haec regula praeter fundamentum legis nostrae, & per *l. 11. si negotia. ff. de negot. gestis*, ubi scribit Pomponius, si negotia absentis & ignorantis geras, & culpam & dolum praestare debes. Saepe verò jam admonui, *culpam* simpliciter positam, denotare culpam levem: & sub doli appellatione comprehendi in contractibus, & quasi, etiam latam culpam. Probatur deinde eadem regula per rescriptum Impp. *in l. 20. tutori. C. de negotiis gestis* ubi ajunt, super his quae ultrò quis administravit, necesse eum habere, non tantùm dolum & latam culpam, sed & levem praestare. Qui-

dam

dàm etiam ducunt argumentum ex *l. 25. hæredes. §. non tantum dolum. 26. ff. famil. hercisc.* Sed hoc infirmum & alienum eſt, cùm ibi non agatur de negotiis geſtis, ſed de communi hæreditate: imò negatur cohæredibus actio negotiorum geſtorum; cùm ſufficiat ipſis actio familiæ herciſcundæ: de qua infrà dicetur, quòd cohæres ibi ſimiliter præſtare debeat dolum & culpam. Contenti igitur ſimus duabus illis legibus quib. nihil clarius dici poteſt pro ſententia noſtra: dubias autem & obſcuras probationes miſſas faciamus. Melius & firmius argumentum ſumere licebit ex *l. 7. quicquid. Cod. arbitrium tutelæ*, ubi in judicium utile negotiorum geſtorum, quod datur contra curatorem (ut *ſuprà cap. præced. diximus*) ajunt Impp. venire quicquid dolo vel lata culpa vel levi factum ſit. Si ergo iſta veniunt præſtanda in actione Utili negotiorum geſtorum, utique multò magis etiam in Directa, atque ita in qualibet ejus ſpecie: Videbatur dicendum, ſatis eſſe ſi Negotiorum geſtor tantùm præſtaret dolum, exemplo videlicet depoſitarii: quia ſicut in contractu depoſiti, ſic etiam in hoc quaſi contractu negotiorum geſtorum, nulla vertitur utilitas negotium gerentis alienum; ſed totum redundet ad utilitatem domini cujus ſunt negotia. Jam verò in ejuſmodi contractibus dolus præſtatur ſolus, ut eſt *in l. 5. §. 2. nunc videndum. ff. commodati*, ut latius ſuprà expoſui. Sed dicendi ratio in contrarium, ut, inquam, præter dolum etiam levem culpam recipiat Negotiorum geſtio, hæc eſt: quia ſi non præſtaretur levis culpa à negotiorum geſtore, tunc futurum eſſet, ut magnis damnis ſæpe afficeretur res familiaris abſentium atque ignorantium, per aliorum temerariam audaciam, qui ipſorum rebus ſe immiſcuiſſent. Neque par eſt ratio Depoſiti, & Negotiorum geſtionis. In illo enim depoſitarius eligitur à deponente, qui fidem ipſius ſequitur: ſed hìc negotiorum geſtor non eligitur à domino cujus ſunt negotia, ſed ipſe ultrò ſe offert, ad eaque adminiſtranda accedit. Proinde de ſe conqueri debet is qui depoſuit, ſi diligentiorem non quæſierit vel elegerit, cui depoſitum ſuum committeret; de domino autem negotiorum abſente, non poteſt idem dici; ut pote ignorante à quo negotia gerantur. Nam ignorans non conſentit neque contrahit, ut eſt *in l. 5. in pr. ff. de obligat. & actio.* non eſt igitur mirum, ſi in Depoſito non eadem culpa præſtetur, quæ in Negotiorum geſtione; ſed in hac aliquid amplius, quam in illo. Quamvis alioquin quoad utilitatem, quæ ad dominum negotii, & ad deponentem, ex his contractibus redundat, nihil differant. Illud non eſt omittendum: quòd etiam depoſitarius, ſi ſe obtulerit ad recipiendum depoſitum, non rogatus eſſet; teneatur in plus, quàm ex naturâ contractus regulariter teneretur, ut ſuprà dixi *ſub cap. de depoſito, inter exceptiones.*

Exempla doli & culpæ quæ negotiorum geſtor præſtare cogitur facilia ſunt, & ab unoquoq; in lectione Pandectarum obſervari poſſunt.

Sed ei quod diximus, *Negotiorum geſtorem non teneri ad leviſſimam culpam præſtandam*; nonnulla videntur obſtare: & quidē adeo fortiter; ut etiā quoſdam eximiæ auctoritatis viros in illam adduxerint ſententiam, qua contrarium

tenerent; videlicet in hoc judicium negotiorum gestorum venire etiam levissimam culpam: inter quos est Ant. Contius *ad hanc legem*, & Dn. Herm. Vulteius, *in disceptat. scholast. cap. 15*. Erit igitur operæ pretium singula examinare, quantum habeant momenti.

Prima igitur objectio sumitur ex comparatione Mandati, cui similima est Negotiorum gestio; ut suprà quoque dixi. Cum igitur mandatarius præstet etiam levissimam culpam, ut suprà demonstravi *sub cap. de Mandato, ex l. in re mandata. 21. Cod. Mandati*, quidni eodem jure utamur etiam in Negotiorum gestore? ut scil. is quoque levissimam culpam præstet. Nam ubi eadem est ratio, ibi idem jus statui debet, *l. illud. ff. ad L. Aquiliam.* Sed hoc notandum est: Non per omnia similem esse Negotiorum gestionem Mandato, vel Mandatarium per omnia æquiparari Negotiorum gestori; imo differunt. *1.* in eo, quia Negotiorum gestor ultrò & ex puro affectu impulsus accedit ad negotia absentis, unde in ipso summa præsumitur benevolentia, & maxima propensio ac prothymia, ut Plauti utar vocabulo, ad procuranda absentis commoda: cui consequens est, ut amicus absens contentus esse debeat, si levem culpam præstet. Sed Mandatarius non tanta videtur præditus esse benevolentia aut munificentia: cùm non nisi jussus vel precibus adductus aliena suscipiat negotia; quæ alias fortasse nunquam attigisset: Quamobrem arctiùs hunc quàm illum obligari voluerunt legum conditores. Deindè in eo est differentia: quia cùm tibi mandarem, ut negotia mea gereres, te recusante ad alium ire potuissem cui rerum mearum procurationem commendassem, nec propterea deserta jacuissent negotia mea, etiamsi tu non recepisses illorum administrationem: Sed absentis & ignorantis negotia periissent, si tu ea non suscepisses. Quare non debeo nimium te gravare, & ad levissimam quoque culpam præstandam adigere: sed contentus esse, si mihi præstes dolum, & latam ac levem culpam. Si verò negotiorum gestores scirent sibi levissimam quoque culpam præstandam esse: nemo facile aliena absentium negotia attingere auderet: videlicet metuens illud periculum tàm arctæ obligationis ad culpam etiam levissimam: quæ res absentium utilitatibus maximopere adversaretur: atque ita in favorem ipsorum inductum, in odium eorundem converteretur contra *l. quod favore. C. de Legibus.*

Objicitur secundò auctoritas Justiniani *in §. 1. vers. sicut autem. Institut. de obligationibus quæ quasi ex contractu*, ubi qui negotia gessit aliena, compellitur rationem reddere ad exactissimam diligentiam: & additur, non sufficere eum talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quibus verbis certè manifestum est, significari ex opposito, levissimam culpam præstandam esse à negotiorum gestore. Et putant doctissimi viri, quod alibi, ut in *l. 11. ff. de negot. gestis.* & in *l. 20. Cod. eod. t.* omissum est, de levissima culpa; hoc ex loco isto Institutionum supplendum esse. Etsi autem non inviti fatemur, sæpe in una lege omissum, ex alia esse addendum: tamen hoc loco id non admittimus, sed potius respondemus, antecedentia cum conse-

quen-

quentibus conjungenda, neque particulam aliquam ex contextu excerpendam omissis cæteris: quod incivile esse pronunciat Celsus *in l.24. ff. de Legibus.* & eleganter in eandem sententiam differit Apulejus *in apologia pro se ipso.* Jam verò sequitur mox *in eod. §.1. Instit. si modò alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.* Ex qua limitatione satis intelligimus, hanc esse exceptionem: neque eo loco tradi regulam. Alioquin antinomiam inducemus inexplicabilem inter Leges suprà nominatas, & illum §um Institutionum. Nullo aūt modo, quod pace Antonii Contii dixerim, addendum est legibus illis ex loco Institutionum, venire quoque exactissimam diligentiam regulariter: h.e. levissimam quoq; culpam semper esse prçstandam. Consentit nobiscum etiam Antonius Delrio *ad hanc legem, cap.14 sub titulo Analogica interpretationis, quam vocant.*

Tertiò objicitur, quod ab eo qui negotia administrat exigimus, ut sit vir diligens, ut est *in l.6.§. fin. ff. de Negot. gestis.* Sed is à quo diligentia exigitur, debet etjam levissimam culpam præstare, ut ab omnibus traditur Interpretibus *ad hanc legem nostram, in verbis: in his quidam & diligentiam.* Respond. 1. Diligentiæ distinctos esse gradus. Alia enim est ad communem hominum modum: alia est, quantam quisque suis rebus adhibet, alia denique est diligentissimi patrisfamiliâs, sive exacta & exactissima. Neque verum est omnes, à quibus exigimus, ut sint diligentes quoquo modo, statim etiam præstare levissimam culpam. 2. Quod si cui hæc solutio minus arridet, possumus etiam interpretari illum §. *fin. d.l.6.* de casu excepto, nempe cum quis negotia aliqua gessit; aliqua non attigit, quæ alius vir diligens etiam gessisset, vel quæ alius noluit suscipere contemplatione illorum quę alius occupavit. Quomodo illum §um etiam ab Antonio Delrio accipi postea vidi.

Quartò opponitur autoritas Imperatoris Philippi *in l.24. si mater. C. de usur.* ubi dicitur matrem quæ negotia filiæ suæ gesserit omnem diligentiam præstare debere. Neque hoc ibi de matre idcirco dicitur, quasi non idem esset in aliis negotiorum gestoribus, & speciale in matre: sed ideo, quia talis facti species Imperatori erat proposita, ad quam proinde rescripsit: idem de quavis alia persona quæ negotia aliena administrasset, rescripturus, si de alia fuisset consultus. Si ergo quivis negotiorum gestor omnem diligentiam præstare debet, utique etiam exactissimam: quia qui omne dicit, nihil excludit: si exactissimam diligentiam præstat, Ergò etiam ad levissimam culpam obligatur. Respond. Cùm verba sint accipienda secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur: & verò cùm natura negotiorum gestionis ea sit, ut regulariter in ea nihil præstetur ultra levem culpam: etiam illa verba, *omnem diligentiam* non aliter accipi debere, quàm de illa omni diligentia, quam recipit sive admittit hujus quasi contractus natura, & conditio: illa autem non recipit nisi communem quandam, & mediocrem diligentiam, quæ levi culpæ opponitur, non levissimæ. Quæ cùm ita sint; nihil necesse est ut fugiamus ad aliam quoq; solutionem & explicationem, qua nonnullos uti video: nempe idèò matrem fortasse *in d. l. 24.* teneri etiam de levissima culpa secundùm §. *primum Institutionum*, quia diligentiores alii cum matre con-

currerint; qui gessissent, nisi mater ipsis prævenisset ac prælata fuisset. Hæc enim mera est divinatio. Illud potiùs *in dicta leg. 24.* animadversione dignum puto: Ab Imp. ibi non reddi veram & propriam atque adæquatam rationem, quare mater, quæ negotia filiæ suæ gessit, compellatur præstare usuras. Nam usurarum præstatio non pendet ex eo, quòd hæc vel illa diligentia, hæc vel illa culpæ species, in tali contractu præstanda sit: sed potiùs ex eo, quòd negotium, de quo agitur, sit bonæ fidei, & quòd mora sit commissa: quæ ratio veriùs redditur ab Alexandro Imperatore *in lege tertia, In bonæ fidei. Cod. eodem tit.* sc. *de usur.* & in *l. mora. 32. §. In bonæ fidei. ff. de usuris.* & in *l. 37. Et in contraria. eodem titulo, de usur.*

Quinta Objectio sumitur ex *lege undecima, si negotia, versicul. sed Proculus, ff. de negotiis gestis.* sic videlicet argumentando: Pomponius ibi mentioni culpæ statim subjicit quæstionem de casu fortuito præstando. Ergò voluit sub appellatione culpæ intelligi non modò levem, sed & levissimam culpam. Probatur consequentia: quia alioquin fieret saltus à culpa levi ad casum fortuitum; omissa intermedia culpa levissima: quod esset absurdum. Respond. Nihil necesse esse, ut qui mentioni culpæ statim subjicit casum, etiam de levissima culpa in præcedentibus egerit. Neque absurdus est ille transitus, qui fit immediatè à culpa levi ad casum fortuitum: id quod in multis legibus fieri manifestum est. Neque enim qui de casu fortuito quærit, idem etiam necessariò de omnibus culpæ speciebus eodem loco quærere debuit.

Sextò & ultimò affertur etiam §. *penultim. Qui pro usu. Institut. de Locat. & Conduct.* Qui tamen quid ad rem faciat, equidem non video: cùm nihil ibi agatur de Negotiorum gestione, sed tantùm de Locatione & Conductione. Hæc de levissima culpa sufficiant.

De *casu fortuito, quòd is à Negotiorum gestore regulariter non præstetur*, satis probatur, tùm ex generali regula tradita in *lege sexta Cod. de pignoratitia act.* quæ fortuitis casibus accidunt, in nullo bonæ fidei judicio præstantur. Jam verò certum est, Negotiorum gestorum esse bonæ fidei. §. *Actionum. Instit. de Actionibus. & l. 13. In bonæ fidei. Cod. de usuris. & l. 37. & in contraria. ff. eodem titul. de usuris. & hic in l. nostra. versic. animalium verò casus*: tùm in specie idem probatur *per l. 21. Negotium. Cod. de negotiis gestis.* item per *l. 22. sive hereditaria. ff. eod.* Quæ cùm ita sit, non obstantibus superioribus objectionibus, firmiter inhærentes regulæ, statuamus negotiorum gestorem ex natura hujus quasi contractus, & regulariter, ultra dolum & latam ac levem culpam, nihil præstare compellendum.

Sed ab hac regula quædam sunt EXCEPTIONES. Nam aliquando tantùm dolus præstatur à negotiorum gestore: aliquando etiam levissima culpa: denique aliquando quoque casus fortuitus; ut ex sequentibus mox patebit. Sit ergò hæc prima exceptio: Si quis affectione coactus erga absentem, negotiis ejus se obtulerit, ad impediendam immissionem in possessionem bonorum ejus, vel etiã distra-

ctionem

ctionem illorum; cùm in eo res esset, ut vel immissio adversus eum decerneretur, vel ut bona venderentur ex edicto. *l.3. §. Interdum. 9. ff. de negotijs gestis*, ubi ait Ulpianus hanc Labeonis sententiam habere æquitatem. Est autem illa æquitas in eo evidenter posita, quòd talis negotiorum gestor, singulari affectione & pietate atque commiseratione ductus, solvendo absentis creditori, avertit à rebus absentis summum quod ei imminebat periculum: de quo etiam videri potest *l 37. ff. de usuris*. Quocirca satis visum est, si præstet dolum duntaxat: nec debet quicquam præterea ab eo exigere dominus negotiorum: qui potiùs magnam ei gratiam pro illa singulari affectione ut habeat, æquum est. Nam si absque illo fuisset, pati debuisset immissionem in possessionem bonorum suorum & horum distractionem: atque ita ferè omnibus suis fortunis eversus fuisset: non sine aliqua ignominia, quæ bonorum venditionem comitari solet, ut notum est etiam ex Cicerone *in Oratione pro Quinctio*. Sub dolo autem hic quoque culpam latam intelligimus, ut semper in contractibus.

Secunda exceptio est de levissima culpa: hanc videlicet tunc præstandam esse à negotiorum gestore, quando alius eo diligentior commodius administrasset res absentis. §.1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nascuntur. & l.6. § fin. ff. de negot. gest.* Ratio hujus exceptionis est, quia si contrarium diceremus; hunc scil. de levissima culpa non teneri: tunc iniqua conditio inferretur absenti per talem gestorem, qui hoc ipso, dum alios diligentiores exclusit, qui cum ipso concurrebant, sese obstrinxit ad majorem diligentiam, illâ, quam regulariter præstitisset.

Tertia exceptio videtur sumi posse ex *l. 6. §. 3. sed & si quis. ff. de negot. gest.* ubi dicitur magis teneri actione negotiorum gestorum, qui non contemplatione domini negotiorum, & ad ipsius utilitatem, sed sui lucri studio & deprædandi causà improbè accessit ad negotia alterius. Si magis tenetur quàm vulgaris aliquis negotiorum gestor: Ergò præstat aliquid ultra levem culpam; id est, etiam levissimam: credo etiam casum fortuitum. Ad hæc, inquam, ipse obligatur domino negotiorum: sed illum vicissim sibi non habet obligatum, nec potest agere ad recuperandum id, quod impensarum nomine abest: sed tantùm habet repetitionem ejus, quatenus locupletior inde factus est dominus. Ad quod quidem non tàm actio negotiorum gestorum contraria ipsi dabitur: quàm condictio sine causa vel similis aliqua: idque ideò, ne locupletetur etiam dominus cum jactura gestoris, quantumlibet improbi & prædatoris.

Quarta exceptio est de casu fortuito: hunc scilicet præstari deberi à negotiorum gestore, si pacto speciali promiserit: se hunc præstiturum *lege vicesima secunda, negotium. Cod. de negotijs gestis*, *à contrario ejus legis sensu*. Ratio exceptionis est posita in vi pacti, quod legem dedit contractui, eumque sic transformavit à communi & regulari sua natura: Deinde qui pactum ejusmodi fecit, quo etiam ad casum fortuitum se obstringeret, is suæ facilitati hoc imputare debet.

Quinta

Quinta exceptio item agit de casu fortuito: nempe si culpa vel mora præcesserit casum fortuitum, etiam hunc à negotiorum gestore præstandum esse. *l.22.sive hered.taria.vers.sed ita.ff. de negot.gest.* à contrario sensu legis; nimirum, si ruina vel incendium sine vitio negotiorum gestoris acciderit, non tenetur negotiorum gestor. Ergò si ex vitio ipsius extiterit incendium vel ruina, quâ res, quas gerebat consumptæ sint, condemnabitur negotiorum gestor. Huc refero etiam *l.11.si negotia.ff. de negot. gest.* ubi si quis novum & insolitum aliquod negotium nomine absentis gerat, quod ille facere solitus non erat: quicquid inde secutum fuerit damni, sequitur gestorem ipsum, non verò dominum negotii. Exempla ibidem afferuntur duo: 1. Negotiorum gestor coëmit novitios aliquos venales servos, cùm dominus absens nihil tale unquam solitus sit facere. 2. Aliquam novam negotiationem præter consuetudinem absentis inijt; damnum inde emergens ad ipsum redundabit gestorem. Cur ita? quia hic quoque culpa præcedit illum casum sive damnum, idque meritò gestori imputatur. Debuit enim ab insolitis ejusmodi negotiis abstinere. Antonius Delrio hanc legem refert ad illas exceptiones, quibus negotiorum gestor levissimam culpam præstat. *c.14.ad hanc legem. sub tit. pragmatica interpretation.* Sed rectiùs puto eam referri ad casus fortuitos, qui oriuntur ex præcedente culpa: Hoc tamen interim non nego, qui de casibus fortuitis tenetur, eundem etiam teneri de levissima culpa, & de damno inde emergente.

Est & Sexta exceptio, etiam ad casum fortuitum pertinens: nempe, si quis negotia pupilli gesserit. Nam pupillus nisi locupletior inde factus sit, non tenetur negotiorum gestorum contraria actione, quamvis gestor ipsi teneatur actione Directa *l.6.si pupilli.in pr.& l.37.litis contestatæ.ff.de negotijs gestis.* Videatur & Oldendorpius *class.4.act.25:in pr. practica illius actionis, propositione 3.vers.casus fortuitus.*

Dixi de Regula & de Exceptionibus ejus: nunc reliquum est, ut de ACTIONIBUS ex negotiorum gestione nascentibus cognoscamus. Cùm autem ex hoc quasi contractu alter alteri obligetur, tàm scil. dominus negotiorum, ei qui gessit, quàm gestor domino; actiones etiam ultrò citroque inter ipsos dantur. *l.2. ff. de negotiis gestis. §.1. Instit. de obligat. quæ q. ex contractu. & l.5. in pr. ff. de oblig. & actionib.*

Prima igitur est, Directa negotiorum gestorum actio: quæ competit domino, cujus negotia absentis sine ipsius mandato gesta sunt, adversus eum, qui gessit. Et quidem principaliter ad hoc, ut rationes actus sui sive administrationis & gestionis reddat: & ut restituat, si quid fortè ex rebus alterius penes se habet. Altera est, actio negotiorum gestorum contraria: quæ datur negotiorum gestori contra dominum ad repetendum, quicquid in rem ejus utiliter impenderit, (unde etiam *Actio sumptuum*, à potiore videlicet denominata, dicitur in *l.10.sed an ultrò.in pr.ff.de negot.gest.*) & ad consequendum omne id, quod hoc nomine abest, vel absuturum est, negotiorum gestori: item si quam obligationem in se suscepit occasione gestionis, ut ea liberetur, & in summa, ut præstetur indemnis. *d.l.2. & l.*

qua

qua utiliter.45.in princ.ff. de negot.gest. Dixi; *quicquid utiliter impenderit*; Multò igitur magis datur hæc actio negotiorum gestorum ad illa recuperanda, quæ necessariò impenderit; id est,ad eas impensas, quæ si non fuissent factæ, res non potuisset esse salva, sed peritura fuisset. Non autem datur ista actio ad illos sumptus, quos quis voluptatis causa fecit, nulla urgente necessitate, nulla etiam propositâ spe utilitatis. *l. 27. Ex duobus fratribus. in fin. princ. ff. de negotijs gestis.* Hic obiter notandum est, in Jure nostro tria esse genera impensarum: Sunt enim *necessariæ*: sunt *utiles*: sunt *voluptuariæ*. *Necessariæ impensæ* sunt, quæ in se habent necessitatem impendendi, id est, quibus non factis res imminueretur vel deperiret, sive quæ ad ipsam rem conservandam pertinent, ut si quis insulam aliàs ruituram fulciat,&c. *Utiles impensæ* sunt, quibus res fit melior & fructuosior; tametsi etiam sine illis salva esse potuisset: ut si quis prædiis imponat pecora, atque inde illa stercorando, faciat pinguiora, item si instituat novelletum, id est, seminarium novarum arborum: item si quis domui adjecerit pistrinum vel tabernam,item si servos curaverit bonis artibus instituendos,&c. Denique *voluptuariæ* sunt, quæ voluptatis tantùm vel rei exornandæ causa fiunt, cum neque ad conservationem neque ad meliorationem illius pertineant; v. g. Structuræ balineorum sive balnearum in prædio, item picturæ domus, item prætoria, Lusthäuser/&c. De hac distinctione impensarum, cujus utilitas latissimè patet, ac per plurimos Juris articulos se diffundit, videatur *l. 1. cum multis seqq. & ferè tot. tit. ff. de Impens. in res dotales factis.*

Sæpè autem ad hoc, ut detur negotiorum gestorum actio contraria, requiritur in Legibus,ut negotium utiliter sit gestum: unde ex contrario intelligimus, si non sit utiliter gestum, non dari hanc actionem. Quod tamen sanè accipiendum est: nimirum ita, ut sufficiat utiliter esse cœptum & gestum; quamvis eventum sive effectum non habuerit negotium: imò etiam si diversus fuerit exitus, hoc est, adversus & perniciosus. *leg. decima, sed an ultrò. §. 1. & lege duodecima, successori. §. final. leg. vicesima secunda, & leg. 45. qua utiliter. ff. de negotijs gestis.* Nam casum adversum, qui sine sua culpa contigerit, non debet negotiorum gestor præstare, ut suprà probavimus aliquot legibus, quibus addenda est *l. fidejussor. 32. in fin. princip. ff. de negotijs gestis.* Sed quæret quispiam: Quomodo æstimabimus utilitatem negotii, ut scire possimus, dandáne sit an deneganda actio? posset enim cavillosus & ingratus dominus negotii, tergiversari perpetuò; & causari vel prætendere, non esse utiliter gestum negotium: idque ideò, ne cogatur reddere impensas. Respond. cum Oldendorpio *classe 4. act. 25. in pract. actoris. num. 2. versicul. sed quomodo probanda, &c.* Non oportere sequi pravos effectus partium: sed utilitatem colligi, ex eo, quod in commune solet prodesse, in simili negotio: adeò ut non sit audiendus dominus diversum dicens, nempe sibi perniciosam fuisse illius negotii gestionem, nisi probet. Quò in argumentum allegari posse puto, *l. 63. pretia rerum. ff. ad L. Falcid.* junctâ *l. 33. si servum. ff. ad l. Aquil.* Porrò quæret quispiam, Quid si quis plus quàm oportet in negotia aliena impenderit? Respondet Paulus *in leg. 25. si quis negotia. ff. de negotijs gestis.*

Hunc recuperaturum id tantum, quod præstari sive impendi debuerit. Puto autem hoc arbitrio judicis relinquendum esse, ut definiat.

Cùm autem negotiorum gestorum actio sit bonæ fidei: manifestum est, in utramque actionem tàm Directam, sc. quàm Contrariam, venire etiam usuras. De Directa actione, quod in illam veniant usuræ est. *l. 20 tutorum. in verb. cum usuris compelletur reddere. C. de negot. gest.* Item *l. 31. liberto. §. 3. qui aliena in verbo. meritò usuras bonæ fidei judicio præstiturum. ff. de negotijs gestis.* Item *l. 24. si mater. C. de usuris.* De utraque conjunctim est *l. 19. Atqui natura. §. penult. non tantùm sortem. ff. de negot. gest.*

Sed de Contraria negotiorum gestorum actione hic observandum est, aliquando eam dari ad repetendos sumptus: ut Primò; Si quis donandi animo fecerit sumptus vel solverit vel fidejusserit pro alio. *l. 4. ff. de negot. gest. l. 12. si filius. C. eod. tit.* Ratio est, quia cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati est donatio; ut est in alia Juris regula: Item, quia nemo potest consilium suum mutare in alterius detrimentum, & quod semel donavit, retractare. Secundò: Si quis pietatis jure ac respectu, sive pietatis munere functus, sive affectione ductus, de suo quid præstiterit vel impenderit pro altero; puta, in ipsius alimenta; cum esset pater, mater, vitricus, maritus, libertus, &c. Exempla sunt *in l. 27 ex duobus fratribus §. fin & in l. 34. Nesennius. ff. de negotijs gestis.* (& facit huc in argumentum *l. 50. quæ pater. ff. familiæ herciscundæ.* De quibus legibus videri potest quoque Hartman. Pistoris *lib. 1. quæst. juris, capit. 15. quæst. 15.*) *Item l. 5. Officio. & l. 11. Alimenta. l. 13. Quod in uxorem. & l. 15. si paterno affectu. Cod. de negotijs gestis.* Quales autem hic colligantur conjecturæ affectionis, pietatis, & necessitudinis, ex quibus præsumenda sit donatio, pulchrè docet Oldendorpius *dicta classe quarta, act. 25. in secunda defensione rei conventi*: ubi etiam agit de vi protestationis ab eo interpositæ, qui habet animum non donandi sumptus, sed repetendi, ex *dicta lege Nesennius. ff. de negot. gest.* Tertiò: Negotiorum gestorum contrariam actionem ad sumptus recuperandos non habet is, qui impendit pro altero post ejus denunciationem sive testationem & Contradictionem ad prohibitionem specialem, ne res ipsius administraret. *l. fin. Cod. de negot. gest.* Ubi etiam videatur Cujacius *in paratitl. Codicis.*

Quartò: Cessat denique Contraria negotiorum gestorum actio in illo, qui improbè & deprædandi studio ad negotia alterius accessit: nisi locupletior factus sit dominus. *lege sexta, paragrapho sed & si quis. versicul. ipse tamen. ff. de negot. gestis.* Ubi diligenter notandus est casus, quo Negotiorum gestorum actio non datur ultrò citroque: & est hæc exceptio adjungenda regulæ traditæ *in lege secunda eodem titul. & in paragrapho primo, Institut. de obligat. quæ quasi ex contr.*

Videndum restat de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS sive de REMEDIIS AFFINIBUS. Primùm igitur concurrit cum Negotiorum gestorum judicio & Mandati actio. Exemplum est in *l. 3. §. fin. ff. de negot. gest.* Proposueram

ram ego ultrò accedere ad negotia Titij administranda, quamvis nemine mihi mandante, ut illa gererem. (Mandatum hoc valet: potest enim etiam aliena tantùm gratia fieri mandatum, ut est in *l.2. §. aliena tantùm. ff. mandati. & §.1. Inst. de mandat.* ubi hoc ipsum affertur exemplum, veluti, si mandem, ut Titii negotia gereres,) hoc casu quæritur: quænam detur actio? Mandatine an Negotiorum gestorum? Videbatur sufficere Negotiorum gestorum, quia inspecto initio propositum mihi fuerat Titij negotium gerere mea sponte: quare non videtur attendendum mandatum, quod quasi ex supervacuo à te advenit, vel interpositum est. Veruntamen, quia tutius est plura habere remedia ad jus suum consequendum (ut meliùs duo defendunt retinacula navem; secundùm Ovidium,) respondet Marcellus, utramque actionem habere locum, id est, agi posse & Negotiorum gestorum adversus dominum, cujus negotia fuerunt: & Mandati quoque contraria, adversus eum qui mandavit. Additur ibidem etiam alterum exemplum de illo Negotiorum gestore, qui fidejussorem pro obligatione absentis accepit. Nam is quoque duplicem habet actionem: videlicet Negotiorum gestorum, contra dominum absentem: & Mandati contra fidejussorem. Similis concursus actionum Mandati & Negotiorum gestorum *in l.14. si mandatum. C. de negot. gestis.* ubi Mutianus Rufus gesserat negotia mariti simul & uxoris ejus: mariti quidem, secutus mandatum ipsius; uxoris verò, sine mandato uxoris, quamvis maritus fortè suo mandato & propria & uxoris suæ negotia fuisset complexus. Quærebatur: quænam actiones ex tali gestione nascerentur? Respondet Alexander; Mulieri quidem & gestori invicem competere actionem negotiorum gestorum: mulieri scil. Directam; gestori verò Contrariam, si quid fortè supererogaverit, id est, si quos sumptus fecerit.

Ad hunc concursum istarum duarum actionum referri quoque debet *l. 21. Nam & Servius. §. fin. ff. de negotiis gestis.* ubi Lucius Titius gessit negotia mea te mandante, & quidem non rectè gessit, ut sua negligentia mihi aliquid damni daret. Habes actionem Mandati: Ego autem contra te habeo Negotiorum gestorum actionem; non in hoc tantùm ut cedas mihi actionem, quam habes contra Lucium Titium: sed etiam ut præstes mihi quicquid accepi detrimenti illius mandatarii tui Lucij Titij negligentiâ in negotiis meis. Dicet aliquis: hoc iniquum esse, ut de alterius negligentia alius teneatur, eamque præstet. Huic objectioni occurrit Paulus ibidem, in verbis; *quòd imprudenter eum elegeris.* Mon tàm igitur ipse mandator ex aliena negligentia obligatur, quàm ex propria imprudentia: & videtur ipse damnum dedisse, quod dedit is, quem imprudenter elegerat: quia quòd quis per alium facit, ipse fecisse videtur. Deinde habet regressum iste mandans contra mandatarium actione mandati, de eo, quod hoc nomine præstare coactus fuerit domino negotiorum.

Secundò, Concurrit cum actione Negotiorum gestorum, etiam actio Ad exhibēdum, in casu *l.23. heres, ff. de neg. gest.* ubi uxor seu vidua proponitur aliquas res mariti defuncti intervertisse: quæritur, quomodo consulendum sit heredi

contra viduam? Et respondet Papinianus, heredem non debere uxorem defuncti postulare crimine expilatæ hereditatis; sed prudentiùs facturum, si cum eo agat Negotiorum gestorum, vel Ad exhibendum. Sed cur non etiam crimen expilatæ hereditatis hoc loco intentari potest? Ratio duplex est: 1. eadem, quæ militat in actione furti inter conjuges denegata; cujus loco datur actio rerum amotarum: ut scilicet parcatur honori conjugis, imò & famæ, nec detur adversus eum famosa actio, qualis est furti. 2. quia uxor suscipitur socia rei humanæ atque divinæ domus; ut eleganter loquitur Gordianus, *in l. 4. C. de crimine expilat. hereditat.* significans consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicationem, ut ait Modestinus *in l. 1. ff. de ritu nupt.* Quæ ratio sic explicanda est: Cùm inter conjuges sit quædam societas & omnium rerum communicatio; credendum est, uxorem, quæ partis fuit domina, suo jure potiùs uti, quàm criminis consilium inire voluisse. *argum. l. 51. Meritò. ff. pro socio.* Notandum autem *in d. l. 4.* præter actionem ad exhibendum, dari etiam actionem in rem, id est, rei vindicationem, videlicet si uxor rem ablatam adhuc possideat.

Tertiò: alius est concursus *in lege tricesima, Cod. de negotijs gestis.* videlicet ubi frater de eo, quod solverit pro fratre coherede, potest præter actionem negotiorum gestorum etiam judicio familiæ herciscundæ experiri, & quantitatem illam consequi. Sed addunt Impp. *si judicium familiæ herciscundæ non sit jam semel redditum inter fratres*: quasi dicant; jam semel redditum non ampliùs competit: Est enim judicium universale, quod non nisi semel datur.

Quartò: alius concursus actionum est *in l. 42. si servi. ff. de negotijs gestis*, ubi præter negotiorum gestorum datur etiam actio de peculio & de in rem verso, de quibus actionibus consulendus est *titul. Institut. Quod cum eo qui in aliena potestat.*

Quintò: Concurrit etiam cum actione Exceptio sive refutatio, sive pensatio, compensatio: id est, potest quis directâ actione negotiorum gestorum conventus, objicere exceptionem compensationis, atque ita servare impensas, à se factas: idque ideò, quia cui damus actionem, eidem & exceptionem multò magis: ut sæpè jam suprà monui.

Sextò: Concurrit item petitio cautionis, ut est in *l. 3. ff. de tutel. & rationibus distrah.*

Septimò: est etiam affinis negotiorum gestorum actioni funeraria actio, hoc est, illa quæ datur ad repetendas impensas in funus alicujus factas, de qua est *in l. 12. si quis sepulchrum. §. 2. prætor ait. ff. de relig. & sumptib. funerum. cum multis ll. seqq. sub eod. tit.* Sed hæc actio non datur, si quis aliam habeat actionem ad consequendam funeris impensam: v. g. si familiæ herciscundæ agere possit, &c. ut ita hæc actio sit quasi subsidiaria: quales sunt & aliæ in jure, quæ tùm demum dantur, cum nullum aliud est remedium ad rem servandam. *leg. 14. §. Labeo ait. ff. dict. tit.*

Octavò: Videtur etiam aliquando cum negotiorum gestorum concurrere actio communi dividundo: nimirum si quis in re communi aliquid præstiterit.

Exempla

Exempla sunt *in l. 31. lib. rto. §. fi. & in l. 40. si communes ædes. ff. d. negot. gest.* v. g. habebam tecum commune jus aquæ ducendæ vel hauriendæ; de quo eum moveretur controversia, ego solus commune jus amborum defendi, & sumptus feci in eam litem; vel cum ædes tecum communes haberem, vicino nostro præstiti cautionem damni infecti. Hoc casu, quamvis etiam judicium communi dividundo videatur competere adversus te, tamen dicituur, potiùs negotiorum gestorum actione peti posse, quod unus ex sociis pro altero præstiterit. Rationem reddit Paulus *in d. l. 40. inf.* quia potuerim ita defendere partem meam, ut socii partem non cogerer attingere; quasi dicat; cum ergò mea sponte negotium alterius gesserim à meo separatum, neque necessariò illi cohærens; consequens est, ut potiùs detur mihi Negotiorum gestorum, quàm communi dividundo actio. Atque hæc de concursu actionum cum negotiis gestis breviter monuisse sufficiant.

CAPUT DECIMUM TERTIUM,

DE SOCIETATE.

Restant ex Contractibus & quasi contractibus, ab Ulpiano in lege nostra enumeratis, explicandi duo: *Societas, & Rerum communio.* De illa *sub hoc capite*, de ista *in sequenti* breviter dicemus.

Initiò autem observandum est, quàm accuratè veteres JCti Latini inter hæc duo distinxerint, quæ in Græca lingua vix possunt discerni vocabulis. Nam utrumque ferè apud ipsos κοινωνία & μέτοχή, & interdum κοινοπραξία dicitur. Sed Latini *Societatem* propriè appellârunt illam, ad quam constituendam inter duos pluresve consensus intervenit, sive quæ tractatu habito coitur, ut loquitur Ulpianus *in l. 32. Nam cum tractatu. ff. pro socio.* Papinianus, & ex illo idem Ulpianus vocant etiam *consortium voluntarium, in l. 52. cum duobus. §. 8. Idem Papinianus. ff pro socio. Communionem* autem *rerum* eam vocârunt, in quam sine affectione societatis & sine tractatu incidimus, *l. 31. ut sit. & l. seq. ff. pro socio.* sive quando aliquos conjunxit ad societatem non consensus, sed res, ut ait Paulus *in l. 25. heredes §. non tantùm. inf. ff. famil. hercisc.* Ubi notandum est, *societatis* verbum aliquando generaliter & impropriè usurpari etiam de rerum communione: sicut etiam *socius* abusive dicitur *in §. Item si inter aliquos. Instit. d. Obl. quæ quasi ex contr. nasc.* is cui sine societate res cum alio est communis, quod accidit, si duobus vel pluribus eadem res sit legata, vel donata, vel per fideicommissum relicta; vel si duo pluresvé in eodem testamento sint heredes instituti. Nam cum coherede & collegatario non contrahimus, sed incidimus in eum: ut ait *d. § non tantùm,* quomodo & pupillus in tutorem incidere, nec cum eo contrahere dicitur, à Papiniano, *in l. fin. ff. rem pupilli salvam fore.* Videatur & *l. 2. ff. commun. dividund. & §. item si inter. Inst. de Obl. quæ quasi ex contr.* cum *§. seq.* Ex his igitur apparet, Societatem propriè dictam esse verum contractum; at Rerum com-

Constitutis ad hunc modum & expositis differentiis inter societatem & rerum communionem, nunc præcipuas societatis DIVISIONES cognoscamus: Quarũ I. est ex materiâ sumpta: quòd societas alia sit *universalis*, alia *particularis*; illa est omnium sive totorum sive universalium bonorum, vel, ut alibi dicitur, universarum fortunarum: hæc est certæ rei vel alicujus negotiationis. Divisio ista multis extat locis, ut *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 7. l. 52. cum duobus. §. 16. socium. & §. penult. l. 63. verum est. & l. 73. si societatem. ff. pro socio. & initio tit. Instit. de societ.* Differt autem universalis societas à particulari. I. in eo, quòd in priore communicanda sint omnia lucra, undecunque obvenerint alicui ex sociis: in altera verò non sunt omnia communia, sed tantùm, quæ ex illa re sive negotiatione circa quam contracta est societas, proficiscuntur. II. in eo differunt, quòd in universali societate, omnes res sociorum statim communicantur, etiam sine speciali traditione; in particulari verò non nisi traditione interveniente res communicantur: neque omnes, sed tantùm illæ, quæ in societatem sunt deductæ. *l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio.* Dices: Atqui Dominium rerum non transfertur contractibus neque pactis, sed traditionibus & usucapionibus *l. 20. traditionibus. C. de pact. & l. 3. ff. de O. & A. §. per traditionem. Inst. de Rer. divis.* Respond. Etiam hic intervenit traditio, sed ficta & præsumpta: id quod significatur *in d. l. 2.* dum ait, *tacita tamen creditur intervenire traditio.* Hæc autem traditio ficta idem operatur, quod aliàs vera & naturalis. Cur veram & naturalem traditionem hìc non requiramus, qua scilicet omnes & singulæ res ultrò citroq; tradantur & accipiantur; ratio est: quia illæ meræ essent ambages, quas legumlatores odisse atque aversari solent, ac potiùs studere compendio rerum agendarum: ne fiat per plura, quod potest per pauciora expediri: quam ob causam aliàs quoq; excogitarunt JCti fictionem brevis manus, quam vocant. Accedit etiam, quòd illa singularum rerum ultrò citroq; facienda traditio magnam in se contineret difficultatem, cui proinde remedium sua illa fictione JCti adhibere voluerunt.

Pro hac autem bimembri partitione Societatis (quam video etiam VVesenbecio probari *in paratitl. n. 3.*) Ulpianus aliam etiam tradit quadrimembrem *in l. 6. ff. pro socio:* videlicet dividens societatem in eam, quæ fit universorum bonorum, & eam quæ alicujus negotiationis, & eam quæ vectigalis, & eam quæ unius rei. In hac divisione, ne quis fortè eam priori existimet adversari, posteriora tria membra nihil aliud continent, quàm explicationem, sive subdivisionem societatis particularis.

Secundò dividitur societas in *privatam* & *publicam*, *in l. 59. adeò. in princip. & in l. 63. verum est. §. 8. in heredem. ff. pro socio. Privata* est, quæ fit inter privatos & de rebus privatorum: *publica* verò, quæ fit de publicis, id est, de vectigalibus. Nam hæc appellantur per excellentiam *publica. l. 33. ut in conductionibus publicorum. ff. pro socio. & in l. 16. Eum qui vectigal. cum l. seq. §. 1. ff. de V. S.* Et inde dicti sunt *publicani, toto tit. ff. de public. & vectigal:* qui illa vectigalia à Censoribus populi Rom. conducebant ferè ad quinquennium, atq; exercebant sui quæstus causa, quod ut tantò commodiùs facerent, societates de illis

contra-

contrahebant inter se, ut præter jus Civile etiam ex Cicerone constat. Inter has duas species quid intersit, petendum est ex Ulpiano, *in d. l. 59. In l. ge autem. 63. §. 8.* ff. *pro socio*: ubi voluntaria societas à JCto opponitur Societati vectigalium: quod sanè mirum alicui videri possit: cùm certum sit, etiam vectigalium societatem, non nisi inter volentes publicanos contrahi. Habet autem societas vectigalium quædam peculiaria, & inter cætera hoc quoque, quod etiam manente societate pro socio agi potest, secus quàm in alia Societate privata. *l. 65. actione. §. 15. nonnunquam.* ff. *pro socio.*

Tertia divisio societatis, sumta à formâ seu modo contrahendi, extat *in l. 1.* ff *pro socio.* nempe quòd vel *in perpetuum* contrahi possit societas, vel *ad tempus*, vel *ex tempore*, vel *sub conditione*. Sed primo hujus divisionis membro videtur obstare, quod ait Paulus *in l. 70.* ff. *eod. t.* de nullâ societatis in æternum coitione: siquidem *in perpetuum* & *in æternum* idem valet. Respond. *In perpetuum*, ipso interprete JCto *in d. l. 1.* nihil aliud est quàm dum, vel quò ad contrahentes vivunt; sed *in æternum* extenditur etiam ultra mortem ad heredes & heredum heredes. Non possimus autem pacisci, ut heres quoque societati succedat. *l. 59. adeò. in princ.* ff. *pro socio.* Nimirum ne quis invitus efficiatur socius illius, cui non vult, ut ait Paulus *in d. l. actionem. 65. §. 11. societas* ff. *h. t.* Est & altera ratio, quia qui socium sibi adsciscit, is industriam ac fidem ipsius elegit; quæ etiam spectari solent in mandato, & in tutela, ac similibus: Cum aum ejusmodi dotes sint personales, cum personâ extinguuntur, nec ad heredes transeunt. Apparet ergò nullam esse in has leges pugnam Hoc quoque notandum est de hac divisione, conflatam esse illam ex duabus distinctis: quarum prima hæc est: Societas potest contrahi aut *in perpetuum*, aut *ad tempus*, aut *ex tempore*. Altera est: Societas alia *purè* contrahitur, alia *sub conditione*. Neque hoc novum est JCtis, ut ad hunc modum duas pluresvé divisiones, vel etiam divisionem cum subdivisionib. in unã contrahant: cujus rei exemplum est & *in allegatâ l. 6. ff. pro socio. & in tit. de pact.* & alibi. Exemplum societatis sub conditione contractæ est *in l. 75 si contra. & in l. seq.* ff. *pro socio*: Contraho tecum societatem, eâ conditione, si Titius partes lucri & damni arbitratus fuerit sive definierit. Hic si fortè Titius morte præventus fuerit, priusquam arbitraretur, nihil agit: quia deficiente conditione deficit contractus sub ea factus. Nominatur etiam societas sub conditione Contracta, *in l. 6. ff. pro socio. & in l. 14. si convenerit. in pr. ff. pro socio.* Apud veteres JCtos dubitabatur hac de re, utrum sub conditione societas coiri posset: Dubitandi rationem indicat Cuiacius *in parat. Cod.* nempe sumtam à mancipatione, quæ in societate inesse videatur, & sit actus legitimus: quales actus non recipiunt conditionem neque diem, ut est *in l. 77. Actus legitimi. D. de Reg. jur. de qua alibi copiosè dixi.* Sed hanc Controversiam diremit Justinianus *in l. pen. C. pro socio.* Ratio decidendi *in d. l. penult.* hæc redditur, quia voluntates legitimæ contrahentium omninò sunt observandæ.

Quartò videtur & societas dividi posse in eam, quæ sit *honesta* & licita; & eam, quæ *inhonesta*, turpis, flagitiosa, v. g. qualis est latronum vel furum &c. quarum illa

illa sola valet; hæc nulla est. Nam delictorum turpis atque fœda communio est: & generaliter traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem. *l. 53. & l. 57. ff. pro socio.* Proindeque ex furto vel alio maleficio quæsitum non oportet conferri in societatem *d. l. 53. Cum seqq. tribus.* facit huc *l. 6. §. rei turpis. & l. 22. si mandavero. §. qui ædem sacram. ff. mandati. item l. 26. generaliter. & l. 61. stipulatio. & l. 123. si flagitii. ff. de V. O. item l. 14. conditiones. & l. 15. filiusfam. ff. d. condit. instit.* Ubi, quæ contra bonos mores fiunt, ea ne facere quidem nos posse credendum est.

Quintò potest dividi Societas in eam, quæ sit justa & æqua; & eam quæ injusta & iniqua; quod genus *leoninam societatem* appellare solebat Cassius: ut refert ex Aristone Ulpianus *in l. 29 si non fuerint. §. f. ff. pro socio.* Atque hæc hactenus de Divisione & speciebus societatis dicta sint.

Porrò Definiri potest Societas, *Contractus consensu initus de rebus & operis conferendis, ad lucrum participandum.* Alii aliter definiunt, & Cuiacius *in paratitl. digestorum* quatuor modis variat: Et quinto etiam modo aliter definit *in parat. Codicis.* Aliter quoque VVesenbecius *in parat. digest.* De *consensu* quod dixi, probatur per *tit. Inst. de Obl. quæ ex consensu. & per l. 2. ff. d. O. & A. item per l. 19 qui admittitur. & l. 37. planè. & l. 65. actionem. §. 11. societas. ff. pro socio.* Quod de *rebus & operis* addidi, alibi his verbis indicatur: *pecunia & industria* sive *diligentia*, & interdum *gratia & autoritas. l. 29. si non fuerint. in pr. & §. 1. ff. pro socio. §. de illa sanè. Inst. de societate.* Hæc enim duo in societatem deduci solent: vel cõjunctim & æqualiter ab utroque, vel ab omnibus sociis, vel divisim & inæqualiter: ita scil. ut unus tantùm pecuniam conferat in medium, alter operam & industriam, pecuniæ verò vel rei nihil, aut certè perparùm; vel ut unus plus, alter minus contribuat. Nam nihil est necesse, ut socii æquis sint facultatibus, & æquè divites: sed valet societas etiam inter eos contracta, quorum dispares sunt facultates: cum plerunque pauperior operâ suppleat, quantum sibi deest per comparationem patrimonii: ut eleganter & verè scripsit Ulpianus *in l. 5. §. 1. ff. pro socio.* Quò pertinet illud Themistoclis apophthegma, qui dicebat, *malle se virum pro genero asciscere, qui pecuniâ indigeret, quàm pecuniam, quæ viro:* & potest quamvis pauper, tamen fidelis esse, & diligens: *argument. l. 8. ff. de suspect. tutor. & §. f. Inst. eod. tit.* Imò ferè videmus divites ignavos, delicatos & luxu diffluentes, pauperes autem gnavos & industrios ac diligentes: quibus scil. honesta paupertas stimulos subdit, quibus excitentur ad artes, ut ait Theocritus, *ἁ πενία, διόφαντε, μόνα τὰς τέχνας ἐγείρει.* & laudabili quâdam æmulatione ad opes comparandas contendant, ut est apud Hesiodum *lib. 1.* Dixi porrò: *ad lucrum participandum.* Hic enim est finis societatis. Malui autem *lucri*, quàm *quæstus* vocabulum usurpare: quia apud JCtos, qui maximè student proprietati verborum, latiùs patet appellatio *lucri* quàm *quæstus.* Lucrum enim dicimus omne emolumentum, quod quacunque ratione acquisitum est, *argum. l. 3. §. 1. ff. pro socio. in verb. quacunq; ratione acquisitum &c.* Sed *quæstus* propriè est lucrum ex emptione venditione, Locatione Conductione, & aliâ hujusmodi negotiatione descendens: *argum. l. 7. coiri. ff. pro socio,* sive quod provenit ex aliqua negotiatione v. g. sagariâ, vel

argentariâ; quæ duæ species nominãtur ab Ulpiano *in l. 52. §. 4. & §. seq. ff. pro socio.* (sunt & aliæ species negotiationum variæ, ut frumentaria, item vinaria, olearia, venalitiaria &c.) Sive denique quæstus intelligitur, qui ex opera alicujus descendit, teste Paulo *in l. 8. quæstus. ff. pro socio.* Interdum tamen etiam lucrum refertur tantum ad id, quod ex quæstu venit, ut est *in l. 13. sed et si adjiciatur. ff pro socio.* quod fit potius ratione subjectæ materiæ, quàm ex vi vocabuli: & fateor alibi quoque hoc subtile discrimen negligi, & *lucrum* nominari, qui propriè est *quæstus*, ut *in l. 52. §. 4. & 5. ff. pro socio.* Sicut etiam vernacula nostra lingua tam lucrũ quàm quæstum uno vocabulo exprimit, Gewinn, quomodo & Græci κέρδος usurpant. Ideò autem in definitione Societatis nullam feci mentionem *damni*, quia sicut bona non intelliguntur, nisi quæ supersunt, deducto ære alieno *l. 39. §. 1. ff. d. V. S.* Item, sicut fructus, qui supersunt deductis impensis, ita etiam hic lucrum vel damnum priùs deducere oportet, quàm rationem lucri subducere, & iniri possimus: Nam postea quod superest, id demum pro lucro habebitur, neq; aliter intelligitur lucrum, quàm omni deducto damno, & facta compensatione, ut est *in l. 30. Mutius. ff. pro socio. & in §. quod tamen ita. Inst. de societate.* Taceo, quod de lucro tantùm cogitant, qui societatem contrahunt, & lucri causâ coëunt: Quod autem sæpè accipitur damnum, hoc fit potiùs ex eventu & ex rerum contingentia quàm ex intentione & destinatione sociorum.

His evidentiæ causâ de ipso contractu societatis ita præmissis, proximum est videre, quid socius socio præstare debeat, ex natura hujus contractus. Deindè, quę ex eo nascatur actio; deniq; de concurrentib. actionibus.

REGULA igitur hæc est: *Contractus societatis recipit dolum & culpam.* sive: *Socios inter se dolum & culpam præstare oportet: non etiam exactissimam diligentiam, sive levissimam culpam: non damna fatalia, sive casus fortuitos.* Probatur hęc regula multis legibus non solùm per *hanc nostram*, sed etiam per *l. 23. de illo*, & *l. 25. non ob eam rem.* cum *ll. seqq.* item per *l. 52. cum duob. §. utrum ergò. & §. 3. damna.* & per *l. 72. socius socio. ff. pro socio.* & *§. fin. Inst. de societate.* qui desumptus est ex *d. L. 72.* Probatur quoq; per *l. 5. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq. ff. commod.* Ex quo loco patet etiam ratio hujus juris, quia in hoc contractu utriusq; utilitas vertitur. In talibus autem dolus & culpa præstatur, ut sæpè jam dictum est suprà.

Significat tamen Imperator *in d. § fin. de societ. in verbis, quæsitum est: &, prævaluit tamen &c.* inter veteres Jurisconsultos fuisse hac ipsa de re controversiam, dum aliqui existimabant, socium de dolo tantùm & lata culpa teneri, perinde ut depositarius; non etiam de culpa levi: alii contrà, non tantùm de dolo, & de latâ, sed etiam de levi culpa, ipsum teneri contendebant; quorum etiam sententia prævaluit.

Prioris sententiæ auctores & sectatores videntur hac ratione subnixi fuisse; I. quia res cõmunis est q. nostra; jam verò in rebus nostris & propriis culpa est permissa, cum in re sua unicuiq; liceat esse negligenti, ut est *in vulgatâ l. 21. in re mandata. C. Mandati.* II. Quia quilibet præsumitur non ignarus fuisse conditionis ejus, cũ quo contrahat, & proinde scivisse ejus defectus. *l. 19. qui cum al. o. h. t. nostro.* Cum igitur quis inertem & ineptum pro idoneo & industrio elegerit ac socium assum-

assumserit, eumq; approbaverit; sibi hoc imputare & de se conqueri debet: & contentus esse, si socius dolo tantùm commissa præstet, aut per latam culpam: non autem poterit ab ipso postulare, ut ultra dolum aut latam culpam aliquid præstet. Sed ad primam rationem responderi potest; tum quod res communis cum socio non sit tota nostra: regulam autem illam *in d. l. 21. in mandatâ. C. mandati.* loqui de iis rebus, quæ omninò & totæ sint nostræ: tum etiam in rebus nostris non semper neque omnem culpam esse excusatam: imo plerumque etiam negligentiam reprehendi. *argument. l. 24. §. 5. si maritus. ff. solut. matrimon.* Ad secundam rationem responsio est, negligentiam illam, quam commisit socius in re communi, nihilominus coërceri, & damnum per eam datum corrigendum esse, & ab ipso præstandum, actione pro socio.

Pro altera verò sententia, quæ etiam tanquam verior & æquior, obtinuit, facit ratio ex *d. l. 5. ff. Commod.* paulò antè allegata. Nam cum hic contractus spectet ad utriusq; vel omnium sociorum utilitatem, æquum est unius negligentiam alteri vel cæteris non obesse: nec tamen requiri majorem vel exactiorem curam vel diligentiam eâ, quam suis rebus quis adhibet. Sufficit talem diligentiam socium adhibere rebus communibus, qualem suis adhibere solet *l. 72. ff. pro socio, & §. fin. Inst. d. societ.* Ex quo loco Ant. Contius objectionem sumit talem: Si sufficit socium adhibere talem diligentiam rebus communibus, qualem propriis adhibet: ergo hic contractus tantùm recipit dolum & latam culpam, sicut & depositum *l. 32. ff. depos.* Et respondet, culpam quæ in socio sit levis, in depositario esse latam. Socius enim quamvis in eodem genere negligentiæ versetur: tamen minùs peccare intelligitur, propterea quia rem administrat tanquã suam & propriam. Meum enim est quod cum alio cõmune habeo, sive quod pro parte meum est: Depositario a. res deposita est tota aliena, in qua nihil Juris habet. Similiter ferè etiam Dn. Bocerus respondet ad hanc objectionem, *cap 4. n. 13.* ubi ait, non posse quem videri dolosè versari in rebus ad se pro parte pertinentibus: & quod in deposito sit lata culpa, hoc in societate culpam esse levem: quia verba sint accipienda secundũ subjectã materiã. Alia objectio sumitur ex *l 25. hæredes. §. non tantùm ff. fam. ercisc.* Ubi ait Paulus, cohæredẽ & collegatariũ præstare nõ tantũ dolũ sed etiã culpã; ejusq; hãc addit rationẽ, quoniã cũ hærede non cõtrahimus, sed in eũ incidimus. Hinc à contrario sensu videtur colligi posse, Ergo in cõtractu societatis, ubi nõ res, sed volũtas & cõsensus aliquos cõjunxit, dolus tantũ præstari debet. Sed Respond. est; argum. à contrario sensu nõ procedere, quoties sentẽtia quæ per id colligitur, aliis legib. & Juri æquitatiq; adversatur: ut docet Nic. Eberh. *in Top. in loco à cõtrar. sensu* & plures alii auctores copiosè allegati ab Ant. Delrio *ad l. transigere n. 172 C. d. transact.* Jã verò hæc sententia, quod in societate dolus tantũ præstari debeat, manifestè repugnat aliis locis, ut suprà aliquot legibus ostendimus.

Quæritur: An socius, qui in quibusdam negotiis negligenter versatus, damnũ sua culpa dedit societati, & contra eandem in aliis rebus sua industria auxit & melioravit, volens uti compensatione lucri cum damno, audiendus sit? Negant hoc Marcellus, Ulpianus, & Paulus, *in l. 23. 25. & seq. ff. pro socio.* & rectè negant; quia ad augendam & meliorandam societatem obligatus fuit

socius; à deterio randa verò cavere debebat: neque tàm est laudi dandum, facere officium suum, quàm est reprehendenda ejusdem neglectio. Nec obstat, quod ex Terentio objici posset pro ratione dubitandi: *multa ex quo fuerint commoda, ejus incommoda æquum est ferre.* Nam ut maximè alibi fortè in vita communi hoc valeat; tamen in societate locum habere non debet: ob rationem decidendi modo indicatam. Atque hæc de speciebus seu gradibus culpæ, quæ inter socios præstanda sit.

Observanda est autem Exceptio quam & Ant. Delrio notavit; Nempe, Aliquando tamen etiam levissimam culpam præstandam esse. Id accidit quando socius in rebus suis summam diligentiam adhibere solet. Tunc enim non potest sine suspicione fraudis minorem adhibere diligentiam rebus communibus. *L. quod Nerva. 32. ff. Depositi.*

De casu fortuito seu damnis fatalibus in socios regulariter non præstandis, expressum est *in l. cum duob. 52. § 3. ff. pro soc.* ubi duo adferuntur exempla, nempe incendii & latrocinii, sed furtum à casibus fortuitis separatur: quia furtum non esset factum, si custodiam quam debuit socius præstitisset: diligenti enim patrifamiliâs furtum non fit. Cùm autem casus fortuitos nominamus, ea damna intelligi volumus, quæ imprudentibus accidunt, ut ait *d. l. 52.* sive quæ nulla ope humana, nulla diligentia vel industria possunt prævideri, vel etiam prævisa averti aut declinari & præcaveri. Ratio jam sæpè indicata est suprà, quia cùm hic nihil sit quod imputari possit cuiquam, nihil etiam à quoquam præstari debet in ullo bonæ fidei judicio. Exceptio desumi potest ex *d. l. 52. §. damna. ff. pro soc. in verb. si nihil dolo aut culpa acciderit ejus &c.* Nam hinc à contrario sensu ita rectè colligimus; si quid acciderit damni dolo aut culpa socii, id certè præstare debet socius socio. Quò pertinet quod suprà quoq; non semel admonui, etiam casus fortuitos præstandos esse in judiciis bonæ fidei, quoties culpa eos præcesserit; multoq; magis, si dolo fuerint procurati: quamquam hic non tam casus fortuitus præstari videtur, quam ipsa culpa vel dolus casum præcedens puniri.

Sequitur ut de ACTIONIBUS explicemus, quæ ex contractu societatis nascuntur & competunt. Præcipua igitur actio est ea quæ appellatur *Pro socio*: quæ datur non ab uno latere directa, ab altero autem contraria, sed ab utraq; parte directa: ut expressum est *in § ex quibusdam Inst. de pœn. tem. litig.* Rationem reddit Cujacius *in parat. D. & C.* Quia sociorum omniò par conditio est, nec alius alii antistat: sive nullius est potior conditio quàm aliorum, ut uni dari debeat directa seu principalis actio, alteri vel cæteris contrarium judicium. Eandem rationem indicavit & Bartolus *in l. 2. ff. d. Obl. & act. & ad l. 17. Curatoris. Cod. d. negot. gest.* & Oldendorpius *class. 4. act. 21.* apud quem plura videri possunt de iis rebus quæ in judicium societatis veniunt. Multa enim continet: quæ omnia persequi non est nostri instituti.

Effectus a. hujus actionis inter cætera non est contemnendus, quod pro socio condemnatus infamia notatur: ut est *in l. 1. §. qui pro socio. ff. de his qui notant. infam.*

& § ex

& §.ex quibusdam.Inst.de pœn.tem.litig. Quò pertinet quod ait Cic. *pro S.Roscio Amerino: Rectè majores nostri eum qui socium fefellisset, in virorum bonorũ numero, non putarunt haberi oportere:* & paulò antè: *In rebus minorib. sociũ fallere turpissimũ est, neq; injuria, &c.* ubi elegãter & copiosè hujus rei rationẽ explicat. Similis locus est ap. eundẽ *in orat.pro Q.Rosc. Si qua sunt privata judicia summa existimationis & penè d cam capitis, tria hæc sunt: Fiducia, tutela, societatis: Æquè enim perfidiosum & nefarium est fidem frangere, qua continet vitam, & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, & socium fallere, qui se in negotio conjunxit, &c.*

Illud quoque notandum est, Actionem pro socio ex illarum esse numero, ex quibus quis non in solidum, sed in id quod facere potest, condemnatur. *l. 63. verum est. in pr. & §.1. 2. & 3. ff. pro socio. § sunt præterea vers. sed & si quis. Instit. de Actionib. l 16. sunt qui. & l.22. sed hoc ita. §.1. ff. de re judic.* quod tamen beneficium amittit tanquam indignus, qui inficiatus fuerit se socium esse. *l. 67. si unus. §. fin. ff. pro socio.* facit huc *l.4.§.1. ff. Quod cum eo qui in alien.* Est enim hæc una ex mendacii pœnis: quæ multæ sunt in Jure, ut monui aliâs *in partit. feudal.* Sed quæritur hic, An beneficium istud sive exceptio quatenus quis facere potest, competat etiam socio unius rei, an verò tantùm universorum bonorum? Hac de re sunt leges in speciem pugnantes. Nam *d.l. verum est. in pr.* tribuit hoc sociis, etiamsi non universorum bonorum, sed unius rei sint: *Lex* autem 16. *ff. de re judic.* ait, socium omnium bonorum hic accipiendum esse: & tamen utraque lex eundem habet auctorem Ulpianum. Accursius quoque hanc antinomian vidit, sicut ferè omnes alias in toto corpore Juris, diligentissimè observavit. Respondet autem ex Johannis sententia *in d. l. 16.* subaudiendam esse particulam, *maximè*, ut ita non excludatur unius rei socius. Addit etiam alias aliorum solutiones: nempe in *d.l.16.* legendum esse interrogativè, & responsionem petendam esse ex *d. l. 68.* item *in d.l. 63* unius rei socios intelligendos esse non rei particularis, sed alicujus negociationis, quæ tanquam universitas quædam sub se multas res singulares complectatur. Veruntamen in prima solutione magis acquiescit. Ex *eadem d.l. 16.* obiter notari debet elegans Græcismus, Lucretio quoque & aliis bonis auctoribus usurpatus, in verb. *socium omnium bonorum accipiendum est.* Similia exempla multa in Pandectarum lectione occurrunt; maximè in scriptura Florentina. Nam in vulgatis libris pleraque sunt corrupta ex ignoratione hujus elegantiæ: quam & Ant. Augustinus observavit, *in libris emendationum.* Quærit idem Accursius *in d.l.63* ad verbum *fraternitatis*: An quemadmodum socii tantum quatenus facere possunt condemnantur: ita & fratres consortes, id est, qui commune & indivisum patrimonium habent, (ut definiuntur *in l.cum duob. 52. ff pro soc.*) & ad divisionem ejus provocant, similiter sint condemnandi non in solidum, sed in quantum facere possunt? Et rectè cum Azone negat, hoc beneficium ad fratres pertinere: monstratâ ratione diversitatis inter fratres & socios: Nam in hos ex conventione rem esse communem; inter illos autem non ex conventione, sed incidenter: id est, quia sine consensu ex rei ipsa in communionẽ inciderint. Nec obstat, quod societas dicitur

speciem quandam fraternitatis in se continere. *d. l. 63.* Respondendum est enim, hoc metaphoricè tantùm dici, non propriè: sensus autem tropicus & allegoricus non est argumentativus, ut vulgò quoq; rectè dicitur ex Scholasticorum Doctorum disciplina.

Porrò cum hac primaria actione pro socio, aliæ quoque ACTIONES CONCURRUNT, de quibus deinceps, sed breviter, explicabo. Prima igitur concurrens actio est *Communi dividundo.* Ea tunc datur, quando socius post distractam societatem (ea autem ferè decem modis potest distrahi, ut docet Oldendorpius *clas. 4. act. 21.* ex *l. 4. §. 1.* & ex *l. 63. §. fin. cum duob. seqq. ff. pro soc.*) aliquid in rem communem impenderit, ut hoc reciperet, vel si res communes manserint indivisæ post distractam societatem ut dividantur. Hic diligenter notandæ sunt differentiæ inter actionem societatis, & actionem communi dividundo. Primùm, pro socio actio est merè personalis, id est, tantùm præstationes continet personales: sed communi dividundo actio est mixta, id est, partim in rem partim in personam. §. *quædam. Inst. de act. l. 1. ff. com. divid.* In rem quidem est, quatenus in eam venit ipsius rei communis divisio: In personam, quatenus præstationes personales, videlicet damnorum in re communi datorum, vel impensarum in eandem factarum, tempore sc. durantis communionis, non verò ante eam *l. 4. §. 3. sicut. ff. commun. divid.* Utraq; hæc complectitur etiam Ulpianus *in l. 3. eod. tit.* & Imp Justinianus *in tit. Inst. de offic. jud.* 2. Differunt, quòd Pro socio actio tantùm est ex contractu. *l. 31. ut sit. ff. pro socio.* sed communi dividundo tàm datur ex quasi contractu quàm ex vero. 3. Differunt, quòd pro socio non admittit adjudicationem. *d. l. 43. si actum. ff. pro socio.* sed in actione communi dividundo (ut etiam in cæteris mixtis judiciis, videlicet familiæ erciscundæ, & finium regundorum) adjudicationibus opus est; sine quibus sæpè res expediri non potest; ut eleganter explicat Imp. *in d. tit. de offic. jud.* & vice versa pro socio actio habet etiam rationem nominum, id est, æris alieni, nempe ut illa in commune conferantur: sed communi dividundo actio non habet rationem nominum. Cur ita? Ratio est *in l. 6. Ea quæ in nominib. C. fam. erc isc.* Quia scilic. nomina sive debita ipso Jure jam sunt divisa ex Lege XII. tabularum. Non igitur desiderant ampliùs divisionem hominis vel judicio. Sæpè autem in Jure nostro fit mentio istius Legis XII. tabb. ut *in l. 26. pacto. C. de pact.* ubi videri potest Accursius & Donellus. Dixi quoq; de eadem Lege *in Tractatu quem de Legibus Decemviral. lib. feci.* Atq; hunc verum intellectum *l. 43. ff. pro socio.* docuit me Oldendorpius *clas. 4. act. 21.* Quarta differentia hæc est, quod Actio pro socio est famosa, ut suprà dictum: sed communi dividundo damnatus, non fit infamis. Nusquam enim hoc lectum est: & in hoc judicio non agitur de fide rupta, sed de divisione rei communis, & de indemnitate cujusmodi actiones non infamant. *l. 5. ff. Depositi. l. 6. §. fin. ff. de his qui not. infam.*

Et in his quidem capitibus differunt duæ istæ actiones. Illud verò ambæ habent commune, in quo conveniunt: quòd potest tàm actio pro socio quàm communi dividundo, etiam ab uno proponi, cæteris licet invitis: potest, inquam, unus etiam ex sociis, vel ex quasi sociis, provocare ad divisionem, quantumlibet fortè

cupe-

cuperent reliqui manere ac persistere in societate & communione. Nemo enim cogitur perpetuò stare in communione: vel in societate, nemo invitus detineri compellitur, ut est *in l. fin. comm. divid.* ac ne tum quidem, etiam si convenerit, ne omnino fiat divisio, sive ut nunquam dividatur. Hujusmodi enim pactum nullas habet vires *l. 14. In hoc judicium. §. 2. si conveniat. ff. commun. divid.* Sed quæret quispiam, quomodo aut cur tale pactum nullas vires habet? Respond. Quia contra naturam est communionis, & contra utilitatem publicam tranquillitatemque civium & concordiam. Cum enim materia societatis & communionis excitare soleat discordias, (sæpè etiam inter propinquos, ut præter quotidianam experientiam testatur etiam Papinianus *in l. 77 cum pater. §. dulcissimis. ff. de leg. 2.* & Paulus *in l. 26. In re communi. ff. de serv. præd. urb.*) idque propter naturalem facilitatem hominum ad dissentiendum. *l. 17. §. 6. ff. de recept. arb.* Præterea cùm rerum communio hoc quoque ferè habeat incommodi, quòd communia negligentiùs curantur quàm propria, teste Aristotele *lib. 2. polit.* Cui consentiunt Impp. *in l. 2. C. Quando & quibus quarta pars ex bon. decur. deb. lib. 10.* Idcirco prudentes Legislatores ut hæc mala averterent à Republ. benè constituta; voluerunt, rejectis hujusmodi pactionibus, astrictoriis liberam cuilibet relinqui facultatem recedendi à communione, & ad divisionem provocandi, quoties vel ob discordias præsentes vel futuras, vel ob negligentiam sociorum, non ampliùs placeret in communione remanere.

Atque hæc de prima concurrente actione, videlicet communi dividundo: de quo concursu notanda est etiam *lex tricesima octava, ff. pro socio,* ubi dicitur: altera actione alteram tolli. Cujus Juris ratio est: quia cum utraque actio, & pro socio & communi dividundo sit rei persecutoria & bonæ fidei: non debet quis unam eandemque rem plus quàm semel consequi. Neque enim bona fides patitur, ut bis idem exigatur.

Secundò concurrit etiam cum actione pro socio *Actio furti*: nempe si socius furtum rei communis fecerit. *l. 45. Rei communis & l. 51. Meritò. ff. pro socio. l. 45. si socius. ff. de furt.* Ex quibus legibus inter se comparatis hæc notanda est limitatio: furti actionem ita demùm dari, dummodò socius rem communem amoverit per fallaciam & dolo malo; vel celandi lucrandique animo eam contrectârit, invito socio. Nam hoc requiritur ad substantiam furti; ut apparet ex definitione ejus *in lege prima, paragrapho finali, ff. de furtis, & §. 1. Institut. de obligationibus quæ ex delict. nascuntur.* In dubio autem dolus non præsumitur, sed ex indiciis perspicuis probandus est. *l. 6. C. de dol. mal. & ib. gl.* Imò plerunque credendum est, eum qui partis est dominus, jure potiùs suo re uti, quàm furti consilium inire voluisse. *d. l. 51. Meritò. ff. pro socio.* facit huc *l. 4. C. de crim. expilat. heredit.* Jure autem suo utens, nemini facit injuriam neque furtum. Hic notandum est, alterâ actione alteram non tolli. *dict. l. 45. Rei communis ff. pro socio.* id est, potest socius, qui pro socio egit, nihilominus etiam adhuc furti agere, ad pœnam scilicet dupli vel quadrupli: & contrà, qui egit furti, adhuc potest agere pro socio; non obstante sibi exceptione rei judicatæ. Nam nihil commune habent

istæ

istæ actiones, quarum altera datur ex contractu, altera ex delicto: altera rem, altera pœnam persequitur: sive una est rei persecutoria, altera est pœnalis. §. *Ex maleficijs. vers. pœnam tantum.* & §. *sed furti. Instit. de Actionib.* Imò ne pœnales quidem actiones de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit. *l. penultim. ff. de obligat. & actionib. l. 2. ff. de priv. del. §. fin. Instit. si quadrup. pauper. fec. dicatur.*

Tertiò, Concurrit etiam cum actione pro socio *judicium publicum Legis Fabiæ de plagiarijs. l. 51. §. 1. D. pro socio.*

Quartò, Concurrit etiam *Condictio furtiva. l. 47. sed si ex causa. ff. pro socio.* ubi notanda est insignis differentia ejus ab actione furti. Nam furti actione usus, potest nihilominus uti etiam actione pro socio: sed condictionem furtivam qui proposuit, non potest agere pro socio, nisi pluris intersit ipsius. Ratio diversitatis est, quia condictio furtiva, æquè est rei persecutoria, atque actio pro socio: furti autem est pœnalis.

Quintò, cum actione pro socio concurrit etiam *Legis Aquiliæ actio*: nempe si socius damnum dederit in re communi: v. g. Servum communem negociationi præpositum vulnerando, vel occidendo. *leg. 47. sed si ex causa.* §. 1. ff. *pro socio, cum tribus ll. seqq.* Sed hîc quoque suum consecutus per actionem pro socio, excluditur ab actione legis Aquiliæ de damno: in quo etiam differt actio L. Aquiliæ à furti actione: quæ ad pœnam duntaxat respicit: cùm actio Legis Aquiliæ respiciat ad rei persecutionem: sicut & pro socio. *l. 50. sed actione.* ff. *pro socio.* Hoc tamen interest, inter Legis Aquiliæ & pro socio actionem, quòd illa est ex delicto, hæc ex contractu: item quòd illa est mixta, id est, partim rem persequitur, partim pœnam continet: ut docet Imperator *in dict. §. Ex maleficijs. versicul. sed & legis Aquiliæ. Institut. de Actionibus.* sed pro socio tantùm est rei persecutoria.

Sexta concurrens actio est *ex vendito*: ut in casu *l. 69. Cum societas.* ff. *pro socio.* ubi socius ad emendum adscitus, si non præstiterit quod promisit, nempe epulas nundinales, aut simile quid, potest & pro socio, & ex vendito actione conveniri.

Septimò: Interdum dubitatur utrum actio pro socio competat, an *præscriptis verbis.* Hîc adhibenda est distinctio Ulpiani *in l. 44. si margarita.* ff. *pro socio.* nempe, tunc demum dari pro socio actionem, si res æstimata certa lege vendenda data sit, animo contrahendæ societatis: sin minus, tunc præscriptis verbis agendum esse.

Octavò, Etiam quæri solet aliquando, cùm scilic. interposita est stipulatio, utrum actio *ex stipulatu*, an verò pro socio, an utraque simul detur. Hic utemur distinctione tradita *in l. 41. si quis in socio, cum leg. sequent. item l. 71. duo.* ff. *pro socio.*

Nonò: Ad hunc locum de concursu actionum, sive de affinibus remediis pertinent etiam *cautiones* sive *satisdationes*, quæ interdum inter socios interponendæ sunt in judicio: ut est *in l. 27. Omne æs alienum. in fin. & l. 38. pro socio arbiter. in pr.* ff. *pro soc.* facit huc *l. 41. In omnib.* ff. *de judicijs.*

CAPUT

Caput Decimumquartum.

De Rerum Communione.

Sicut societas est communio rerum voluntaria ex præcedente tractatu, & ex consensu orta: sic rerum communio est societas necessaria, & incidenter nata. De illa diximus *capit. praced.* de hac restat ut agamus *sub hoc capit.* atque ita concludamus catalogum Contractuum & Quasi contractuum ab Ulpiano hic propositum. Erit autem hic explicatio tantò facilior & brevior, quantò plura jam antea de rerum communione, id est, de hoc Quasi-contractu attigimus, in comparatione ejus cum vero contractu societatis, quam paulò antè instituebamus. Videantur etiam tradita *in §. Item si inter aliquos. & §. Idem juris. Instit. de obligat. qua quasi ex contract.* In summa, si duobus vel pluribus eadem res sit legata, vel donata inter vivos aut mortis causa: si per fideicommissum relicta & restituta: item, si duo pluresve coheredes vel testamento instituti, vel à lege alicui ab intestato sint dati: hi omnes sibi invicem ex isto quasi contractu rerum communionis obligantur. Ex vero contractu obligati non possunt dici: quia nihil inter se contraxerunt: Nullus enim verus ac proprius contractus esse potest, ubi deest consensus. Neq; consensus tales conjunxit, sed res, ut ait Paulus: *Res*, id est, eventus sive casus: quia ita contigit forte fortuna. Non possunt etiam tales dici ex maleficio obligati esse. Quid enim deliquit, quem alius voluit esse alterius, vel etiam plurium aliorum, collegatarium: condonatarium, id est, socium donationis: confideicommissarium: vel coheredem? Tantum certè abest, ut talis aliquis delinquere cogitaverit, (dolo enim caruit) ut ne quidem de contrahendo ullam susceperit cogitationem. Consensu enim destituitur quoad hanc quidem rem de qua agitur. Placet autem quod admonuit Ant. Delrio *cap. 17. ad hanc legem nostram*, quamvis non possimus dicere, aliquem sibi elegisse principaliter & directò coheredem vel collegatarium, vel cæterorum aliquem: tamen verum esse, quod saltem per consequentiam censeatur societatem ejus, sive communionem cum ipso, approbasse, hoc ipso videlicet quòd legatum vel fideicommissum vel donationem vel hereditatem, sibi cum alio, vel aliis, communem acceptaverit: cùm posset illa repudiare: meminisse quippe poterat illius Terentiani, quod in proverbium abiit, *aut hæc cum illis habenda sunt, aut illa cum his omittenda.*

Cognito jam inter quos & ex quibus causis existere soleat rerum communio: videamus quid in hoc Quasi-contractu ex natura ejus præstari soleat ac debeat.

Regula est: *Rerum communio recipit dolum & culpam.* (scil. levem: Lata autem sub dolo, ut semper in contractibus, comprehenditur.) Probatur hæc regula per *ipsam l. nostram*, ubi manifestè rerum communio illis annumeratur

contractibus qui recipiunt dolum & culpam, non etiam diligentiam, h. e. levissimam culpam. Eadem regula aliis verbis ita concipitur: *In judicio Communi dividundo veniunt dolus & culpa*: ut ajunt Impp *in l. pen. C. commun. divid.* Item *in judicium fam. hæ ercisc. veniunt omnia, quæ quis in hæreditate* (intelligite communi cum alio vel alijs,) *dolo aut culpa fecerit*, ut ait Ulpianus *in l. 6. & puto §. 2. sed & si dolo vel culpa. ff. fam. ercisc.* Rursum aliis verbis eodem sensu: *Non tantum dolum, sed & culpam, coheres in re hereditaria præstare debet*: ut inquit Paulus *in l. 25. heredes. §. non tantum. 16. ff. famil. ercisc.* poteram idem paucioribus verbis dicere: *quæcunque dicta sunt de societate, quoad doli & culpæ præstationem, eadem omnia etiam in rerum communione valent.* Ratio cur ista præstanda sint in hoc q; contractu, est eadem quæ in societate: nempe quia utriusq; utilitas hic vertitur. *argum. l. 5. §. 2. vers. sed ubi utriusque. ff. commodati.* Non minus enim utile est uni, quàm alteri, vel cæteris coheredibus, aut collegatariis, rem ipsis communiter esse donatam, vel per legatum aut fideicommissum, aut heredis institutionem relictã, vel per successionẽ legitimã ab intestato delatã, & acquisitã. Aliena igitur & impertinens mihi videtur ratio regulæ nostræ quæ adfertur *in dict. l. 25. §. non tantum. ff. famil. ercisc.* quoniam cum coherede non contrahamus, sed in eum incidamus: quod nihil aliud est dicere; quàm, hic non est verus & proprius, sed quasi contractus. Sed hinc non efficitur necessariò, quòd coheres coheredi præstare debeat dolum & culpam, & hanc vel illam speciem culpæ, hunc vel illum gradum. Exemplum culpæ in re communi præstandæ extat elegans *in l. 20. si is cum quo. ff. comm. divid.* Erat mihi tecum fundus communis (puta ex titulo donationis vel legati vel fideicommissi, vel successionis universalis testamentariæ, sive legitimæ ab intestato, sive Jure civili, sive Jure prætorio: nihil enim interest quoad hanc rem, unde & quomodo fundum nacti simus) tu delectu per bellum indicto, ut dicitur *in l. 4 §. 12. Eum qui filium. ff. de re mil t.* ad delectum non respondisti, nempe ideò, ut detrectares munus militiæ: quod olim gravissimum erat delictum, ut docet Arius Menander *in d. l. 4 §. 10. gravius. ff. de re milit.* & Just. Lipsius *de milit. Rom.* Habebatur enim detrectator militiæ non alio loco, quam proditor libertatis: ideoque in servitutem redigebatur pœnæ causâ. Erat etiam alia pœna, videlicet, ut motu Judicis villa ejus vel domus eruatur, item ut arbusta succiderentur, &c. quod docet nos Pomponius *in alleg. leg. 20. ff. communi dividundo.* quia igitur tu culpa tua occasionem præbuisti huic damno in re communi nobis dato, æquum est, ut omne detrimentum mihi præstes communi dividundo judicio. Obiter etiam ex eadem l. 20. notandum est, olim domos etiam dirui solere pœnæ causa: quod & nostris temporibus in quibusdam regionibus usurpatur: qua de re dixi *in notis ad Guntherum libro octavo.* Videatur etiam Duarenus *libro primo disputat. capite quarto.*

Sed obstare videtur regulæ nostræ *dicta lex 25. §. non tantum. ff. famil. erciscund.* ubi dicitur cohæredem non debere præstare diligentiam qualem diligens paterfamiliàs præstat. Significat ergò Paulus, si cohæres præstet latam culpam & dolum, de levi ipsum non teneri. Respond. Illis verbis non significari vel exclu-

dile-

di levem culpam, quæ certè maximè præstanda est in hoc quasi contractu: sicut patet non tantum ex aliis locis, verum etiam ex eadem lege nostra, *initio dict.* §. *non tantum*, sed excludi levissimam culpam, & positivum hic usurpari pro superlativo gradu: *diligens* paterfamiliâs pro *diligentissimus*: quod non esse novum aliâs demonstravi; cum aliis ex locis tum ex *l. 21. C. mand.*

Restat ut postremo loco de ACTIONIBUS explicemus, quæ dantur ex communione rerum: tum deinde etiam de aliarum actionum concursu.

Igitur ex rerum communione duæ præcipuæ actiones nascuntur, *Communi dividundo*, & *Familiæ erciscundæ*, id est, dividendæ hereditatis. Sic enim nominatur hæc actio *in l. 3. & l. 21. si cogitatione. C. familiæ erciscund.* Nam *familia* inter cætera significat res hereditarias, ut est *in l. 195. pronunciatio. §. 1. familiæ. ff. de verborum signific.* ubi allegatur Lex XII. tabularum, in qua hæc fuerint verba *agnatus proximus familiam habeto, heres esto. Erciscere* autem prisca lingua Latina idem est quod dividere. Nam ita Festus vel potiùs abbreviator ejus Paulus, *Ertum citumq́; fit inter consortes, ut in libris Legum Rom. legitur. Ertum à coërcendo dictum, unde & Erciscundæ & ercisci: Citum autem est vocatum à ciendo.* Et idem Paulus *dissertiones* exponit *divisiones patrimoniorum*: sed legendum additâ literâ c. *disertiones*. Cujacius *in paratit. C. familiæ erciscund.* testatur, se apud eundem Festum legisse *inercta* pro *indivisa*: quod equidem nondum potui reperire. Similiter *via erciscundæ* legimus apud Apulejum *in libr. Metamorph.* pro *finium regundorum*, ut notat Cujacius in *paratitl. C. ad d. tit. finium regundorum.* Prior actio datur ei, qui rem ex alia causa quàm hereditaria communem habet cum altero: sive ex voluntaria societate, sive ex necessaria, communio sit orta: & datur ad rem communem dividendam, & ad præstationes personales. *l. 4 § 3 sicut. ff. communi dividundo.* & dixi *capit. præcedent.* propterea mixtum esse hoc judicium partim in rem, partim in personam. Posterior actio tantum datur coheredi sive ei qui rem cum alio, vel pluribus aliis, ex causa hereditaria communem habet: nec refert, utrùm ex testamento, an ab intestato, Jure civili an honorario, hereditas sit communis. *l. 1. & l. 24. sed & ejus. §. 1. ff. fam. erciscund.* Et hæc quoque actio ex duobus constat: ex rebus & ex præstationibus personalibus. *leg. 22. Item Labeo. §. 4. familiæ. ff. Famil. erciscundæ.* Potest tamen etiam inter coheredes agi communi dividundo: ita ut res tantum communes, & quæ inde pendent in illud judicium deducantur: de cæteris verò in integro sit, vel salvum maneat, judicium familiæ erciscundæ, ut docet Paulus *in lege decimaquarta, inter coheredes. ff. familiæ erciscundæ, in princip.* Item si actum sit familiæ erciscundæ, ut res aliquæ remanserint indivisæ, de illis potest agi communi dividundo, teste Ulpiano *in l. 20. si filiam. § 4. famil. erciscund. ff. eod.* Debet quidem Judex sive arbiter familiæ erciscundæ operam dare, ut nihil indivisum relinquat: teste Paulo *in l. 25. heredes. §. penultim. ff. familiæ erciscundæ.*

Sed tamen fieri potest, ut quædam res ipsius animadversionem diligentiamque effugerint: vel etiam ut coheredibus tempore judicii fuerint aliqua incognita, quæ posteriùs demùm emerserunt, & ad notitiam ipsorum pervenerunt, ac de illis adhuc salva manet communi dividundo actio. Ex his igitur liquet etiam coheredes aliquando communi dividundo agere: sed familiæ herciscundæ alios qui non sunt coheredes agere non posse: quod etiam satis testatur *l.36.& l.49. qui erat heres. ff. famil.ercisc.* Ratio est, quia quicunque sunt coheredes, ijdem etiam inter se communem habent rem, vel potiùs universitatem rerum: sed non contrà, quicunq; habent rem inter se communem statim sunt coheredes, possunt enim multis aliis ex causis rem communem habere.

Diligenter autem notandæ sunt differentiæ: primò, inter has duas actiones *Communi dividundo*, & *Familiæ ercisçundæ*: deinde inter *Actionem Familiæ erciscundæ*, & *petitionem hereditatis*.

Communi dividundo actio ita differt à Judicio familiæ erciscundæ, 1. Quod familiæ erciscundæ judicio amplius quàm semel agi non possit; nisi causa cognitâ. *l.20.§.familiæ ff. famil. ercisc.* non potest, inquam, facilè iterari hæc actio, nisi ex magna causa, quã cognoscere debet prætor an sit satis justa & gravis, ut denuò eam concedere debeat: sed communi dividundo sæpiùs agere potest, videlicet quoties aliqua res indivisa est relicta. *l.4.§.2 hoc judicium.ff.communi dividundo.* Diversitatis ratio illa est, quia actione familiæ erciscundæ agitur de universitate rerum: sed communi dividundo actio est singularis sive de rebus singulis, singularia autem possunt sæpius iterari: sed universalia non item. 2. differunt: quòd plenior est actio Familiæ erciscundæ quàm communi dividundo. In illa enim veniunt non tantùm ea, quæ in bonis erant tempore mortis, sed etiam quæ ex bonis, ut si quæ res fuerint penes defunctum depositæ, vel ei commodatæ, vel pignori datæ, &c. *l.29 ff. familiæ erciscund. cum simil:b.* Hæc autem quæ ex bonis sunt, in communi dividundo actionem non veniunt, sed ea tantùm quæ in bonis fuerunt, quamq; communia.

Petitio hereditatis & Familiæ erciscundæ etiam differunt: 1. in eo, quòd qui hereditatis petitionem intendit, is ait se heredem esse, negat verò adversarium esse heredem, sive facit ei controversiam hereditatis: qui verò agit Familiæ ercisc. is non facit adversario controversiam hereditatis, sed confitetur etiam heredem esse. *l.51. fundus.§.1 in verb. te ex parte dimidia heredem esse confiteor. ff. famil.ercisc.& l.1.§.2.vers.Etsi possessor. ff. si pars hered.pet.* Nec obstat *l.87. qui familiæ. ff. famil.erciscund.* ubi Scævola scribit, *Qui judicio famil.ercisc. agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.* Quam antinomiam ut solvat Accursius valdè se torquet, & varia tentat. Cujacius simplicissimè *l.b 9. observat. cap.36.* delet negationem: secutus auctoritatem Græcorum, à quibus dicit abesse particulam *non*, Aliter Hottomannus *lib.4. observat.20.* Secunda differentia est: quòd in petitionem hereditatis veniunt quædam, quæ in judicium Familiæ erciscundæ non deducuntur. *l.57.§.1.ff. fam.ercisc.* Est igitur Petitio hereditatis plenior actio quàm Familiæ erciscundæ.

Cogni-

Cognitis differentiis, quæ sunt inter Familiæ erciscundæ & communi dividundo actiones, annotemus etiam ea, in quibus conveniunt hæc duo judicia. Prima igitur similitudo in eo consistit: quòd utraque actio mixtam habet causam; sive ex duobus constat, ex rebus, & præstationibus, ut & paulò antè dixi ex *l. 22. Item Labeo. § familiæ.* ff. *fam. ercisc.* & ex *l. 4. §. sicut. ff. communi divid.* idemque habetur in § *quadam. Instit. d. Action.* & facit huc § *si familiæ. & §. seq. Inst. d. offic. Jud.* Cujus generis etiam actio est Finium regundorũ & Petitio hereditatis. Est enim in Jure hæc quadriga actionum mixtarum, ut eleganter vocat Cuiacius *ad tit. C. finium regund.* Altera similitudo est: quòd utraque actio est duplex: id est, uterq; ibi est & actor & reus *l. 44. Inter coheredes. §. 4. qui familiæ.* ff. *fam. ercisc.* Qua in re etiam conveniunt cum actione finium regundorum. Nam in hac quoque singulæ personæ duplex jus habent; agentis scil. & ejus cum quo agitur, h. e. Rei. *l. 10. Judiciũ. ff. fin. regund.* Hic obiter notandum est: differre inter se judicia *duplicia* & *mixta*; ne quis fortè per imperitiam hæc confundat. Nam *Duplicia* dicuntur illa in quibus uterque & rei & actoris personam sustinet: tametsi pro actore is potissimum habeatur, qui prior provocavit ad judicium & divisionem. *l. 2 §. 1. ff. communi divid. l. 10 ff fin. regund. & l. 13. in tribus.* ff. *de judic. l. 37. actionis. §. 1. ff. de obl. & act.* potest enim unus etiam provocare & petere arbitrium familiæ erciscundæ, vel cõmuni dividundo: quantũlibet invitis cæteris. *l. 43. in arbitrium.* ff. *fam. hercisc.* Sed *Mixta* judicia sunt; quæ partim sunt in rem, partim in personam: sive quæ constant ex duobus, rempe ex rebus, & ex præstationibus, ut paulò antedictũ Aliquando tamẽ hoc discrimẽ verborũ negligitur: & duplices actiones dicuntur etiam *mixtæ*, ut *d. l. 37.* ff. *d. obl. & act.* unde intelligimus *mixtas actiones* duobus modis usurpari: quarũ tamẽ alter impropriã habet significationem, nempe quando pro duplici actione usurpatur. Quæret quispiam: quid fiet ergo, si ambo vel plures provocent simul ad judicium sive arbitrium, uter vel quisnam tunc habebitur loco actoris? Respond. Ex Ulpiano, hic sorte rem dirimendam esse. *l. 14. ff. de judic.* Quomodo & alias hoc remedium adhibetur tollendis controuersiis, ut sors sit arbitra. *l. 5.* ff *fam. ercisc.*

Tertiò conveniunt hæ duæ actiones, in eo, quod utraque est legitima: h. e. ex Legibus XII. Tabb. perficiscitur. De Familiæ erciscundæ judicio disertè hoc testatur Caius *in l. 1.* ff. *fam. ercisc.* Sed de communi dividundo quoq; dubitatione omni res caret, cùm idem Caius *lib eod.* de illa tractârit: ut apparet ex inscriptione *l. 2. & l. 11.* ff. *commundi divid.* juncta inscriptione *l 13.* ff. *de judic.* item *l. 3. l. 5. & l. 19. & 26 ff. fam. ercisc.* sicut etiam de actione finium regundorum *in eod. lib.* Caius egit, ut apparet ex inscriptione *l. 3. ff. fin. reg.* quam actionem similiter constat per Leg. XII. Tabb. introductam esse ad exemplum legis Solonis. *l. fin.* ff. *fin. regund.*

Quartò in eo quoque conveniunt istæ actiones: quòd utraque est bonæ fidei *l. 3. C. communia utr. jud. l. 4 §. hoc judicium. & l. 6. §. pen.* ff. *communi divid.* Hinc duo consequuntur insignes effectus. Unus quòd hic ex mora præstandæ sunt usuræ, *l. 18. his. §. 3. sumpt.* ff. *fam. ercisc. & d. l 6. §. pen. ff. communi divid.* Idq;

ex generali naturâ & regula omnium Bonæ fidei judiciorum *l. 2. C. Depositi. & l. 32. Mora §. in bonæ fidei. ff. d. Usuris.* Alter effectus est, quod inæqualiter factum utrobiq; in melius reformandum est: id est, si quis in divisione per fraudem vel dolum vel perperàm factâ, læsus sit; iniquitas illa debet corrigi. *l. 3. C. communia utr. jud. ubi & glossa.* Sed hic illa est tenanda limitatio, si læsio illa excedat dimidium justi pretii, *junctâ l. 2. cum ibi tradit. per DD. inprimis Arium Pinellum, Cod. d. rescind. vend.* Quamquam si divisio initio facta sit dolosè, ita ut dolus causam illi præbuerit, ipso jure nulla est, etiamsi fortè minor esset læsio. *l. 7. Eleganter ff. de dolo malo.* Bonâ autem fide mutuo consensu terminata minimè possunt instaurari: ut est *in leg. 8. si inter Cod. communia utriusque judicii.*

Quintò conveniunt in eo, quòd utrobique alter alteri tenetur de evictione: h. e. si factâ divisione inter coheredes, vel alios inter quos est communio, (per arbitrium, vel ex conventione privata, nihil interest.) res uni fortè adjudicata vel assignata, fuerit evicta, id est, judicio ablata; puta quòd esset alterius propria, qui eam vindicavit per in rem actionem tanquam suam, vel quod alteri jure ac nexu pignoris esset obligata &c. is cui sic evicta vel ablata est res, habet regressum adversus coheredes alios vel socios: cum quibus potest agere vel præscriptis verbis ex stipulatu, ut aliam rem ipsi dem in locum evictæ: aut ut pretium refundam rei evictæ: aut denique ut istud detrimentum pro parte agnoscam. *l. 7. si fratres. Cod. communia utr. judicii. l. 17. si familiæ. Cod. fam. ercisc̄un.* Sciendum est autem de evictione solere interponi cautiones inter dividendum. *l. 25. heredes §. penult. ff. famil. ercifcund. l. 10. item §. fin. ff. communi divid.* Cautiones accipere debemus vel pro stipulationibus ultrò citroque inter coheredes interpositis vel etiam de fidejussoribus hoc nomine datis. Neq; enim est novum, ut pro evictione etiam fidejussores dentur & talis fidejussor ob evictionem datus vulgò appellatur *secundus auctor*, teste Ulpiano *in l. 4. in princip. ff. de Evict. secundus* dicitur, respectu primi auctoris, qui est ipse venditor, quem sæpissimè etiam absolutè *auctorem* vocant JCti: unde & Actio Evictionis sæpe dicitur *Auctoritatis actio.* Utroque casu, id est, sive interpositæ sint stipulationes inter ipsos coheredes, sive dati fidejussores ex stipulatu actio competit: priore quidem, adversus coheredem, vel alium socium: posteriore verò, adversus fidejussorem. Nam & fidejussor omnis per stipulationem accipitur. *§. fin. Institut. d. fidejussor. & l. 12. blanditus. Cod. eod. tit.* tametsi inter fidejussores & principalem debitorem, non Exstipulatu, sed Mandati actio nascatur: ut est *in §. si quid autem fidejussor. Institut. d. tit.* etiamsi amissæ fuerint cautiones & stipulationes de evictione: tamen adhuc alter alteri tenetur de evictione, perinde ut in quavis emptione. Quia quæ moris & consuetudinis sunt debent venire in bonæ fidei iudiciis, etiamsi ut ait Cicero *lib. 3. de Officiis*, linguâ non fuerint nuncupata: sive, quamvis de iis nihil expressè, actum, dictum, cautum, promissum, vel conventum fuerit. *l. 31. quodsi nolit. §. quia assidua. ff d. Aedil. edict. & præclarè Cicero in lib. 3. d. offic.* Imò etiam in stricti Juris contractibus (quale con-

stat:

ſtat eſſe mutuum) quod agitur, in contrahendo ſcilicet, tacitè habendum eſt pro cauto, h. e. pro eo ac ſi expreſſè & nominatim fuiſſet promiſſum *l. 3. ff. ſi cert. pet.* Sed hoc caſu, id eſt, ſi cautio expreſſa nulla intervenerit, dabitur actio præſcriptis verbis. *d. l. 7. C. communia utr. jud. & l. 14. C fam. erciſc.* Ratio eſt *in l. 1. C. communia utr. jud.* quia diviſio obtinet vicem emptionis: perinde ut etiam permutatio illi eſt vicina. *l. 1. ff. de rer. perm.* perſpicuum eſt autem in diviſionibus & adjudicationibus fieri q. quandam permutationem. Intervenit quoq; æſtimatio juſto pretio, ſicut in emptione venditione. *l. 20. item §. ult. ff. communi divid.* Aliquando tamen, niſi intervenerit ſtipulatio vel pactio de evictione, nulla ob eam datur actio, neque regreſſum habet is, cui res evicta eſt, adverſus cæteros: quod accidit ſi quis ſciens rem in ea cauſa eſſe, ut evinci poſſit, (puta quia alterius propria, quia alteri oppignorata, quia uſusfructus erat alterius &c.) tamen ſibi eam adjudicari paſſus ſit, ac receperit *d. l. 7. Cod. communia utr. jud.* Ratio eſt in aperto: quia ſibi imputare debet, qui cum ſciret rei qualitatem, non melius ſibi caverit atque proſpexerit. Jura enim vigilantibus ſcripta ſunt, & ſubveniunt. *l. 24. pupillus. in fin. ff. quæ in fraud. cred. l 4. ff. Quod vi aut clam.* Eſt & alius caſus notabilis, quo ceſſat actio de evictione nempe ſi inter coheredes, vel alios rem communem dividentes, ſpecialiter convenerit, ut unuſquiſque eventum rei ſuſceperit, hoc eſt ut ſuo periculo rem ſibi adjudicatam vel adſignatam haberet. *L. 14. ſi familiæ. Cod. faml. erciſcund.* Hujus enim pacti ea vis eſt, ut excludat & ceſſare faciat actionem de evictione: & ut agenti de evictione poſſit objici exceptio pacti, vel de dolo. Hæc de evictione ideo paulò plenius perſequi volui: quia & quotidianum eſt hoc argumentum, & non ſatis expeditum.

Sextò, in eo quoque conveniunt ambæ actiones: quòd diviſio facta ab arbitro non jure dato, ſive, ut vulgò loquimur, ab incompetente judice, etſi per ſe non valeat, tamen poſſit confirmari conſenſu vel ratihabitione coheredum, vel ſociorum: ut eſt *in l. 2. Cod. communia utr. jud.* cui non eſt abſimilis caſus *in l. 41. quædam mulier. ff. fam erciſc.*

Septima ſimilitudo eſt in eo; quòd ſicut in judicio familiæ erciſcundæ judex vel arbiter in ſententia ferenda debet ſubſequi voluntatem teſtatoris (intellige dummodo Juri non ſit contraria) *l. 7. & l. 16. filii & l. 21. ſi cogitatione. Cod. fam. erciſc. l. 18. his conſequenter. §. idem quærit. ff. eod. tit.* ita etiam in judicio communi dividundo Judex ſequi voluntatem & conſenſum ſociorum debet. *l. 3. §. 1. & l. 21. Judicem. ff. comm. divid.* Nec obſtat quod judiciũ dicitur reddi in invitum. *l. 83. Inter. § 1. ff. d. verb. oblig.* Nam non negatur, aliquando etiam in volentes & conſentientes conſiſtere: neq; hoc dicit Paulus, ſemper judiciũ reddi tantũ inter invitos: Sed, quod probè notandum eſt, ait, *judicium etiam in invitum redditur*: quaſi dic. non tantũ inter volentes, Nequaquam igitur negat, interdum id etiam in volentem reddi.

Octavò, conveniunt hæ duæ actiones: quod res quam coheres vel ſocius ſibi emerit, quamvis ex pecunia communi, non tamen fiat communis; nec rectè petatur communicari: ut eſt *in nobili l. 4 ſi patruus C. comm. utr. jud.*

Nonò,

Nonò, conveniunt: quod utrobiq; instrumenta communia, ut tabulæ, rationes, cautiones, authenticæ, deponi debent apud eum quem elegerit præses vel arbiter divisionis. Eligere autem ille solet plerunq; vel eum qui majore ex parte est heres; vel qui natu maximus: vel si ex æquis portionibus omnes sint heredes, nec inter eos conveniat, sorte res expeditur: vel ex suffragio aut cõsensu eligitur aliquis apud quem deponantur: vel in æde sacra deponuntur, unde cum opus fuerit depromantur & copia eorum fiat, sive exhibeantur. Hac de re sunt *l. 4. 5. & 8. in pr. ff. famil. ercisc und. & l. fin. ff. d. fide instrumentorum.* Hic obiter notandum est, *authenticum instrumentum* & *exemplum* inter se opponi multis in locis, ut *d. l. 4. & d. l. 8. ff. fam. recisc.* & *l. fin. ff. testam. quemadmodum aperi: item. l. 2. ff. de fid. instrumentorum*, ubi Paulus cum exemplo conjungit & Indicem: vulgò Exemplum quidem vocant Eine Copey / & indicem Einen Extract: neutrum autem horum vim probationis habet; sed solùm Authenticum *d. l. 2. ff. d. fid. instrum.* Dixi de his aliquid etiam *in Methodica Expositione Novellarum.*

Decimò, conveniunt in eo; quod in neutro judicio veniunt ea quæ communia esse desierunt: & utrumq; ita demum datur, si corpora maneant cõmunia. *l. 1. in fin. ff. communi div. l. fin. C. communia utr. jud.* Ratio est: Quia divisio, quæ est harum actionum propria, in illis tantùm rebus locum habere potest, quæ sunt communes, non in iis quæ jam sunt divisæ, vel ab homine vel ab ipso Jure, *argum. l. 6. Ea quæ Cod. fam. ercisc. l. 2. §. fin l. 4. in princip. l. 25. heredes. §. 1. ff. famil. ercisc und.*

Undecimò: utraque actio est ex Quasi contractu *§. item si inter. & §. seq. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.*

Duodecimò: utraq; actio recipit adjudicationes, ut multis Juris locis probari potest, & in primis *l. 55. si familia. ff. famil. ercisc und. & titul. Institut. de offic. Judic.*

Decimotertiò: utraq; actio est perpetua: tum quia civilis est: tum quia rei persecutoria. *t. t. Inst. d. perp. & temp. act.*

Decimoquartò: in utraq; actione debent æstimari universæ res, non singularum rerum partes. *l. 52. Mævius § fin. ff fam. ercisc.*

Decimoquintò: Utraq; actio est non tantum Directa, sed etiam Utilis: & quidem utilis actionis creberrima occurrit mentio sub utroq; *tit. ff. fam. hercisc. & communi divid.* quæ scil. tunc ex æquitate & utilitatis causa alicui accommodatur, quando directa locum habere non potest: ut videre licet in exemplis *l. 2. §. 1. & l. 40. si ex asse. ff. fam. ercisc. l. 6. in princ. & §. 1. l. 7. §. ex quibusdam & §. 6. si duo l. 9. sed postquam l. 29. si quis in fin. pr. ff. communi divid. & l. 11. in summa eod.* Quando aut absolutè nominatur hæc aut illa actio, potiùs Directa intelligenda est quàm Utilis.

Ultimò: In neutrum judicium veniunt ea quæ scelere aliquo sunt quæsita; v. g. furto, rapina, latrocinio, peculatu, sacrilegio &c. *l. 4. §. sed & ff. fam. ercisc. l. 7. §. inter prædones ff. communi divid.* Ratio est, quia utraq; actio est bonæ fidei: ut suprà demonstratum est.

Restat

Restat ut pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS adjiciamus. Concurrit igitur. I. cum actione familiæ erciscundæ etiam *actio Legis. Aquilia de damno*: si videlicet unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, & interleverit, vel corruperit *l. 16. & puto. §. penult. & l. 17. ff. famil. erciscund.* II. Cum eadem etiam concurrit *Negotiorum gestorum actio. l. 18. & l. 20. Cod. fam. ercisc. l. 3. l. 19. ab uno. C. de negot. gest. l. 31. si quis. in pr.* ff. *de procurat. l. 41.* ff. *si cert. pet.* videnda est tamen hic distinctio tradita *in l. 25. §. non tantum. vers. & ideo, ubi gloss. ff. fam. ercisc. & l. 6. §. 2. sive ff. Comm. divid.* III. Concurrit etiam Mandati actio, si nimirum coheres unus alteri mandaverit, ut aliquid in communi hereditate gereret. *l. 20. in familia. C. fam. ercisc. & d. l. 31. ff. d procur.* IV. Concurrit *actio ex stipulatu*, si inter dividendum interposita sit stipulatio inter coheredes vel socios. *l. 7. si fratre. C. communia utr. jud.* V. Concurrit *actio præscriptis verbis*, si non intervenerit stipulatio. *d. l. 7. & l. 14. si familia & l. 23. licet in f. C. fam. ercisc. l. 20 si filia §. 3. si pater ff. eod.* VI. Concurrit etiam *petitio hereditatis*: ut *in l. 44. §. si. coheredes. ff. fam. ercisc. & l. 51. §. si ego à te ff. eod. tit.* Quantum autem intersit has duas actiones suprà exposui. VII. Quæritur An non etiam inter cohæredes habeat locum *crimen expilatæ hereditatis*? Sed hoc negandum est. Sufficit enim familiæ erciscundæ judicium, ad hoc, ut cæterorum coheredum indemnitati consultatur. *l. 3. fam. erciscund.* Expilatæ igitur hereditatis crimen tantùm habebit locum adversus extraneum, qui non sit coheres. VIII. Similiter quæritur de *furti actione*? Sed hanc quoque cessare scribit Ulpianus *in l. 16. Et puto. §. fin. ff. fam. ercisc.* & sufficere judicium familiæ erciscundæ. Hæc de *familia ercisc. actione*.

Nunc de *communi dividundo judicio* videamus, quænam cum ea concurrant aliæ actiones. I. Cum ea quoque concurrit *Actio negotiorum gestorum*, vel potius ejus loco datur. *l. 19. arbor. §. 2. si per eundem ff. communi divid.* II. Concurrit *actio præscriptis verbis*, in casu *l. 23. si convenerit* ff. *communi divid.* quæ ibi appellatur *actio incerti civilis*, ut sæpè alibi, maximè *in tit. d. præscript. verb.* III. Concurrit *In rem actio Publicana. l. 7. communi divid. §. qui in rem* ff. *eod.* IV. Concurrit *Interdictum uti possidetis. l. 12. si ædes. ff. d. tit.* V. Concurrunt, vel potiùs, pro actione communi dividundo cessante, accommodantur, alia quædam interdicta, ut *interdictum unde vi*, item *de precario*, & *quod vi aut clàm. l. 7. §. 5. Julianus ff. communi divid.* VI. Datur etiam *Actio in factum prætoria*, adversus eum, qui ne communi dividundo secum ageretur, rem transtulit in alium adversarium quem apponeret ei cum quo rem habebat communem. *l. 34. communis §. 1.* ff. *communi divid. & t. t.* ff. *de alien. jud. mut. caus. fact.*

Cc CAP.

CAPUT DECIMUMQUINTUM,

DE ALIIS QUIBUSDAM CONTRACTIBUS AB Ulpiano in hac Lege prætermissis, quid in illis alterum alteri præstare oporteat.

ABsolutis hucusque illis contractibus, qui in hac lege enumerantur, (Sunt autem numero 12. ut totum assem Ulpianus complere voluisse videatur.) non erit inutile, etiam alia quædam hic prætermissa negotia adjungere & ostendere, quid in illis præstandum sit. Neque enim existimandum, quod exempla hic allata restringunt regulam: sicut neque aliàs exemplorum ea vis est aut natura. Horum alia pertinent etiam ad Bonæ fidei contractus: (de quibus solis, & quidem de nominatis tantùm, non etiam de contractibus innominatis in h. l. tractari, jam suprà admonui.) alia sunt stricti Juris: alia ad delicta vel quasi; alia denique aliò referuntur.

1. Quod attinet ad *Æstimatoriam præscriptis verbis*, quam recenset Imperator *in §. Actionum Institut. d. Action.* & Ulpianus *in l. 1. in fin. princ. ff. d. æstim. act.* Hic periculum omne ad eum pertinet, cui res æstimata data est: sive id fiat venditionis causâ per ipsum faciendæ; ut scilicet pretium inde redactum reddatur ei qui rem dedit æstimatam: sive ut res sit in dote &c. Ubique enim hanc vim habet æstimatio, cuicunque etiam contractui sive negotio adjecta fuerit, ut faciat accipientem teneri de periculo rei; atque ita obligationē ipsius contractus intendat & augeat. *l. 1. §. fin. ff. d. æstimat. leg. 5. §. commodatum. ff. Commodati. l. 10. plerunq; & l. si rem. cum duabus ll. seqq. ff. de Ju. dot. l. 1. Cod. eod. tit. cum simil.* Quam rem & suprà attigi, cùm de contractu Dotis dationis explicarem.

Deinde de Rerum permutatione, unde orta actio præscriptis verbis etiam est Bonæ fidei, *§. Actionem. Institut. d. Actionibus*, admonendi sumus: in ea regulariter hæc præstari: dolum, & latam culpam, etiam levem: non etiam levissimam: perinde ut etiam in emptione venditione, cui perquam vicina & similis est rerum permutatio. *§. item pretium. Institut. d. empt. & vendit. l. 2. ff. d. rer. permutat.* tametsi non sit emptio. Neque enim simile est idem. *l. 5. Naturalis. §. 1. ff. d. præscript. verb.* Ratio igitur eadem quæ suprà dicta: nempe quia in permutatione quoque versatur utriusque contrahentium utilitas. Valere igitur hic quoque debet generalis regula tradita ab Ulpiano, *l. 5. §. 2. ff. Commodati.*

Atque ut summatim complectamur: De *innominatis* quoque *contractibus*: (qui sunt quatuor: *do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias*: enu-

at: enumerati & explicati diligenter à Paulo *in l. 5. naturalis. §. 1. & 3. seqq. ff. d. præscript. verb.* & ex parte attinguntur ab Ulpiano *in l. 7. Juris Gentium. §. 2. sed etsi ff. de pactis.*) ita jus est: I. siquidem solius dantis vel facientis utilitas in illo contractu innominato versatur, tunc alter cui scilicet datur quid vel fit, regulariter tantùm de dolo & lata culpa teneatur: exemplo scilicet depositarii, ad quem proximè accedit. *l. 17. si gratuitam. § 2. Papinianus. in f.* (aliàs est lex nova incipiens *si rem tibi inspiciendam*) *ff. d. præscript. verbis.* II. Si verò ad solius accipientis vel ejus cui quid fit utilitatem res omnis spectet: tunc non modò dolus & lata ac levis culpa, sed etiam levissima; sive exactissima diligentia, ab ipso præstanda est, exemplo Commodatarii. *l. 10. eum qui rem §. 1. ff. Commod. & l. 23. duo ff. d. præscript. verb. item l. 78. rem inspiciendam. ff. d. furt.* III. Si denique tàm dantis quam accipientis, & tàm facientis quam ejus cui quid fit, utilitas in contractu innominato versetur, tum præstatur dolus lata ac levis culpa, non etiam levissima. *l. 5. Naturalis. §. & siquidem. l. 17. si gratuitam. §. 1. & 4. si cum mihi. & l. 20. apud* Labeonem. *§. fin. ff. d. præscript. verb.* Ex quibus legibus etiam exempla peti possunt: quæ & absque interprete sunt facilia. Hæc trimembris distinctio satis ostendit, à Dd. non malè dictum esse, quod contractus innominati, regulentur secundum naturam nominatorum, ut Bart & alii *ad l. 5. ff. d. præscript. verb.* Sed obstare videtur distinctioni nostræ *d. leg. 17. § 2. vers. secundum hæc. ff. d. præscript. verb.* ubi Ulpianus ait ex Papiniano, sine ulla distinctione, præstari dolum & culpam ei qui inspiciendum quid dedit; sive ipsius cui datur utilitas, sine utriusque hic versetur in datione rei ad inspiciendum. Respond. per hæc verba non tollitur distinctio suprà allata: neque negatur aliquando præstandam esse culpam latam duntaxat, aliquando levem, aliquando levissimam, etiam in contractibus innominatis: sed in genere tantùm dicitur, semper præstari culpam ab accipiente: intellige pro diversitate tamen casuum diversa: nunquam verò periculum sive casum fortuitum. Hæc de regula in contractibus innominatis ejusque ratione dicta sufficiant.

Exceptiones quoque hic sunt eædem, quæ in contractibus nominatis suprà sunt allatæ & sæpè inculcatæ: nempe ab hac regula aliquando recedi vel propter apposita pacta contractibus, quibus hic quoque si adjiciantur vis legis inest: vel propter culpam præcedentem, vel propter moram &c.

Quæri potest de *petitione hereditatis*, quid in ea veniat præstandum? Respondend. si hereditas petatur ab alio possessore, qui non sit cohæres (Nam inter coheredes, regulariter potius datur familiæ ercuscundæ actio, de qua suprà dixi) tunc bonæ fidei possessor, post litem contestatam præstabit dolum, latam ac levem culpam: ut etiam in speciali in rem actione, sive Rei vindicatione, receptum est, ut rectè hìc monet Antonius Contius *p. 48.* per *l. Et non tantùm. ff. d. petit. heredit. & l. si servum. ff. de verb. oblig. & l. qui petitorio. §. 1. cum l. si culpa. & l. si à bonæ fidei. & leg. item.*

ff. d. R. V. Quæritur de *Stricti Juris judiciis*, quid in illis veniat præstandum? Putabat Eguinarius Baro, Idem in his dicendum, quod in Bonæ fidei judiciis. *d. l. 17. si gratuitam. §. 2. ff. de præscript. verb.* ubi Ulpianus in contractibus etiam innominatis stricti Juris videtur velle, quòd sit locus regulæ, quam alibi tradidit de Bonæ fidei judiciis, ut *in d. l. 5. ff. Commod.* Sed hanc sententiam refellit idem Contius *p. 46.* eumque, tacito licet nomine ejus, secutus Delrio *cap. 18. in comment. ad h. l.* Nam exemplum ibi allatum quàmproximè accedit ad contractum æstimatorium aliosque Bonæ fidei contractus: sicut etiam illud negotium quod habetur in *l. rogasti* 11. *ff. d. reb. cred.* Ex eo igitur loco non est sumenda generalis regula de quibuslibet contractibus stricti Juris: quin potius regula in contrarium est constituenda; videlicet in illis contractibus strictis regulariter non venire culpam seu negligentiam ac desidiam. *l. 5. ff. d. Reb. cred. l. 23. si ex legati. & l. 91. si servum. in princip. ff. d. V. O. & leg. 3. in princip. vers. Proculus. d. cond. causa dat. causa non seq.* Dices cur in *Mutuo* etiam periculum præstandum est ab eo qui accepit? Respond. Id duabus de causis fieri. 1. Quia dominium ibi translatum est in accipientem, sicut etiam in re æstimata data fieri suprà dixi: *l. 10. ff. d. Jur. dot. l. 1. d. Æstim. act.* 2. Quia in mutuo non debetur certa species sive corpus aliquod. v. g. isti centum aurei qui sunt in sacculo vel in arca; sed genus, id est, in genere debentur centum aurei. Jam verò genus interire non potest *l. 11. Cod. si cert. pet. l. 1. §. is quoq; ff. d. obl. & act. & §. 1. Inst. Quib. mod. re contrar. obl. & l. 1. ratione §. incertæ ff. ad l. Falc.*.

Diximus de rebus ex contractu debitis vel quasi contractu: sed quid Juris est *de rebus ex ultima voluntate debitis*: puta ex legato vel fideicommisso: quarum rerum nomine datur *Actio ex testamento*: ut notum est *ex init. tit. Instit. d. legat.* & aliæ quoque prætereà actiones, ut ibidem explicatur? Petrus antiquus glossator distinguebat; ut si quidem heres magnam, legatarius autem vel fideicommissarius exiguam utilitatem ex legato vel fideicommisso percepisset; tunc heres teneatur de dolo, lata, levi ac levissima culpa. Et hanc distinctionem approbavit & secutus est etiam Bartolus. Sed hanc Ant. Contius *p. 47.* refellit: ut quæ semper sibi falsa visa fuerit. Ipse igitur verius esse putat, ut inter legata & fideicommissa distinguamus: & dicamus, in illis quidem præstare heredem omnem culpam & diligentiam per *l. eum res. §. culpa. ff. d. legat.* 1. In fideicommissis autem ut spectemus, an alterius tantùm commodum ibi versetur, & tunc heres teneatur de dolo & lata culpa. *l. mulier. 22. ff. ad S. C. Trebellianum.* an verò utriusque commodum, & tunc de dolo & lata ac levi culpa præstanda tenentur. *l. 108. si servus. §. cum quid ff. d. legat.* 1. de qua lege videndus etiam Cuiacius *in tractat. ad Affrican.* Ideo autem ait Contius non tantam custodiam cogendum esse heredem adhibere fideicommisso, quantam legato: quia legatum recta via transit à defuncto ad legata-

rium

rium post illius mortem. *l. A. Titio. 64. ff. de furtis. & l. 80. legatum. ff. de legat.* 2. ut ita statim fiat aliena res etiam ante traditionem: quia hîc ipsa lex, sive jus ipsum, transfert dominium: fideicommissum verò permanet in dominio heredis, donec id restituat fideicommissario, cui relictum est: non mirum ergò, quòd in ea re tanquam sua & propria possit negligentiùs versari. *l. 21. C. Mand.* Sed de hac distinctione Contij inter legata & fideicommissa, quantumvis probabili, ut dubitemus, facit *l. 2. C. communia de legat.* & *locus Instit. tit. de legat.* ubi hæc duo dicuntur inter se exæquari. Contius tamen negat hac in re exæquationem esse factam, sed adhuc differentiam, quæ erat Jure veteri, manere firmam: sicut & Giphanius *in comm. C. ad eand. leg.* contendit, contra communem opinionem, quam & Donellus sequitur, in multis Juris articulis adhuc differentias aliquas inter legata & fideicommissa etiam post illam l. 2. remanere. Delrio certè discrimen illud hac in re negligit: & tàm in fideicommissis quàm in legatis putat sequendam esse eandem distinctionem trimembrem. quam suprà in hac l exposui, & ad quam sæpè recurrendum fuit, ex *l. 5. §. 2. ff. Commodati.* In qua sententia *hîc* etiam est Giphanius.

Quæritur quid præstari debeat ab eo, qui, *petita bonorum possessione, contra tabulas, conferre debet aliquas res.* Respond. ex *l. 2. §. de illis. de collat. bon.* hunc teneri de dolo & lata ac levi culpa: Et meritò: quia collatio imaginem quandam continet societatis; in qua ista præstanda esse suprà diximus. Quæritur de *Jurisconsulto, Adsessore, & Advocato*; ad quid illi teneantur: si fortè primus consilium dedit clienti quod ei nocuerit, & alter Judici, & tertius patrocinium præstiterit non tàm salutare quàm noxium? Et dicendum videtur, hos non teneri de levi culpa, sive imperitia, sed tantùm de dolo, cui etiam lata culpa annumeranda est. Hæc & Jasonis & Zasij olim fuit sententia, probata etiam Giphanio & Ant. Delrio *ad h. l.* Cujus ratio est: tùm quia is qui minùs peritum vel consultum Juris adhibuit, sibi hoc debet imputare, cùm potuerit adire peritiorem *l. 1. §. 1. l. 3. ff. si mensor fals. mod. dix.* tùm quia Judex sive Magistratus non cogitur sequi consiliũ & sententiam sui adsessoris: sicut & aliâs consilium positum est extra necessitatem parendi.

Quæritur ulteriùs de *Magistratu* & *Iudice*, quid ille præstare teneatur? Et quamvis Baldus aliiq; distinguant inter eos qui non sponte sua Magistratum susceperunt: quos volunt tantùm præstare dolum & latam culpam: & inter eos qui sua ambitione & cupiditate impulsi, affectârunt honores: ut hi etiam de levissima culpa teneantur: cùm videantur polliceri peritiam & diligentiam exactam: tamen magis probo sententiam Giphanij & Antonij Delrio, quòd indistinctè quilibet Magistratus regulariter teneatur de lata ac levi culpa tantũ: idq; exẽplo tutorũ: cùm & Cicero *in offic.* procurationem Reip. sive Magistratus administrationem, comparet cum tutela. Nam utrumque munus est publicum & necessarium, quod & invitis imponitur: utrumque finem habet sibi propositum, aliorum utilitatem potiùs quàm gerentis. Interdum tamen pro diversitate casus etiam ad summam & exactissimam diligentiam Magistratus tenetur. *l. 1. & l. 4. ff. de Magistr. conven.*

Quod idem etiam de Judice dicendum, & omnibus ijs, qui quoquo modo Reipub. inserviunt: itemque qui in re militari ordines ducunt: ut notat Giphanius *hic*.

Quæritur quid Juris sit in *Apparitoribus sive Officiarijs*, quorum fidei & curæ commissæ sunt res arresto obstrictæ. Respond. Hi quoque exemplo tutorum & Magistratuum de dolo, lata ac levi culpa tenentur. Ita P. Peckius *in tract. de Iure sistendi, c.30.* post P. Rebuffum, & alios.

Quæritur porrò de *Agri mensore*. Est autem Agri-mensor, vel simpliciter Mensor, is, cujus opera & artificio utimur in dimetiendis agris sive fundis & regundis finibus Germanicè Feldmesser. De quo si quis quærat, cur non ad titulum *Locati* fuerit relatus: sed à vulgari locatione hoc negotium separetur: dicam hoc fieri propter artis præstantiam & nobilitatem, quæ non patitur talem operam venire in locationis contractum: sicut neque Juris civilis scientia pretio nummario dehonestanda est, cum sit res sanctissima. *l.1. §.1. ff. de extraord. cogn.* Respon. ad propositam quæstionem: hunc regulariter tantum de dolo & lata culpa teneri. *l.1. ff si mensor. fals. mod. dix.* Aliquando etiam de imperitia tenetur, in subsidium nempe, quando is, qui lucrum percepit ex falsa ejus dimensione, non est solvendo. *l.3. ff. dict. t.* Quid de *Receptoribus, Nautis, Cauponibus & Stabularijs* dicendum est? Respond. Si quis horum aliquas res viatoris sive hospitis vel vectoris salvas fore receperit; is tenetur de dolo, lata ac levi culpa; imò etiam de custodia. Quare si quid ex aliqua harum caussarum fortè perierit, vel amissum fuerit, ejus periculum atque amissio pertinebit ad receptorem: dummodò non amissum sit vi aliqua majore, sive fatali damno. *l.1. & l.3. §.1. ff. naut. caup &c.* Quod probè notandum est, maximè viatoribus, etiam contra nostri temporis caupones; quibus asservandum aliquid commiserimus.

Porrò quæritur etiam de *Proxeneta*, quem Latini *pararium* vocant, Germani, Ein Unterhändler / Græci μεσίτην, quales sunt, v.g. qui inter duos medij interveniunt ad contractum aliquem promovendum vel conciliandum; puta ut inter aliquos fiat emptio venditio, vel permutatio; vel ut mutuum detur & accipiatur: Item ut societas, ut matrimonium contrahatur, &c. quibus quod pro sua opera datur præmium, appellatur *proxeneticum. t.t. ff. de proxen. & ibi Cujac. in parat.* Respond. Proxenetas teneri tantum de dolo & lata culpa *l.2. in pr. ff. de proxen. l.8. ff. de dol. mal. & l.10. §. si quis. ff. Mandat.* Ratio est: quia qui operam præstat alteri proxeneticam, non est absimilis consilium danti: ex consilio autem suo, dummodo fraudulentum non sit, nemo obligatur. *l.47. consil j. infrà h. t. & dixi suprà cum explicarem de obligatione mandat.* Non erit igitur proxenetæ fraudi, etiamsi quid dixerit ad commendationem & laudem vel rei vel personæ, supra fidem veri, rem vel personam extollens: cum id ad officium ejus pertinere videatur. Exemplum ferè quotidianum est in conciliando matrimonio, vel mutuo, vel emendo ac vendendo, &c. Qui verò nimis fuerit credulus proxenetæ, atque ita captus est; sibi hoc imputet, suæq; facilitati, quod non melius rem exploraverit aliunde,

&c so-

& folius pararij fidem fecutus fit. Hic enim à fe ipfo potiùs quàm ab alio decipitur. Nam ipfi quoque venditori multa dicere licet ad commendationem & laudem fuæ rei, quam cupit vendere; & quidem quàm cariffimè poteft. *l. 8. Cod. de refcind. vend. & l. 43. ea quæ. ff. de contrahend. empt. & l. 37. ff. de dol. mal. & l. 19. ff. de Ædil. edict.* (fecundùm illud vulgatum,

Laudat venales qui vult extrudere merces.

Quæ tamen liberũ eft emptori credere vel nõ credere; ideoq; fi per illã laudationẽ læfus fit, nõ de vẽditore, qui fecit quod Jura ipfi permittũt, & quod cõfentit ipfius voto cariffimè rem vendendi, de quo eft *in d. l. 8.* fed de fe ipfo conqueri debet, cum poffit ipfi objici illud proverbiale, *Difce cautiùs mercari. l. 2. C. de furt.*

Quæritur etiam de *Prælato Ecclefiæ vel Monafterij*, id eft, de Epifcopo vel Abbate, quid ille præftet? Et Refpondendum: præftare quicquid per negligentiam commiferit: hoc eft, teneri etiam de levi culpa: adeoque ob eam etiam deponi poffe ab officio. Ita Gloff. *in diftinct. 81. & in cap. non omnes. 2. quæft. 7. & in Can. fæpè fit. 12. quæft. 2.* Hic tamen addendum eft, non debere id quod à prælato factum fit obeffe Ecclefiæ vel Monafterio cui præeft. Neque enim quod paftor iniquè gefferit, Ecclefiæ fas eft in damna refundi, ut ait Gunther. *lib. 2. de geft. Frid. infrà.* ubi ante oculos habuiffe, & indicare voluiffe videtur locũ Gregorij Magni, *libr. 11. Epiftol. 50.* quia delictum perfonæ in damnum Ecclefiæ non eft convertendum; quod dictum refertur à Gratiano *in c. 3. fi Epifcopum. 16. quæft. 6.*

Reftat fub hoc cap. ut videamus quid *in Delictis* præftetur. Et certi juris eft; In veris ac propriis delictis requiri dolum: five quæ non committuntur. In contractibus quidem fub dolo continetur etiam lata culpa: & illi æquiparatur, & propriè dolum accedere dicitur: imò etiam effe dolus, ut fuprà probavi legibus multis, cùm de lata culpa, quibus addi poteft *l. de ætate §. pen. ff. de interrog. in jure fac.* verùm in delictis tàm privatis quàm publicis (quorum hæc, propriè *crimina* dicuntur) aliter res habet. Ibi enim lata culpa fub dolo non comprehenditur: imò à dolo diftinguitur: non quidem ut planè fit impunita: fed ut mitiùs puniatur, & extra ordinem. Nam in delictis femper requiritur, ut dolo malo & calliditate quadam, & improba voluntate quid factum fit, nec fufficit lata culpa ad hoc, ut verum fit delictum, & ordinaria pœna dignum *l. 50. In furti. §. 2. & l. 90. §. 1. in pr. ff. de furt. l. 1, in pr. l. 3 & l. 5. ff. de ferv. corr. & l. 7. in l. Corn. ff. ad l. Corn. de ficar.* unde etiam fit, ut qui doli capaces non funt, delictum verum non committant: quales funt furiofi & dementes, & nonulli quoq; impuberes, nempe qui non funt proximi pubertati. *l. 23. impuberes. cum l. feq & d. l. 90. ff. de furt. §. in fumma. Inft. de obl. quæ ex del. &c. & l. 3. §. 1. de injur. l. 14. Divus ff. de offic. præfidis. cum fimil.* Dixi de veris delictis, ea fine dolo malo non committi, neque ab illis qui doli non funt capaces. Excipitur Damnum injuriâ datum. Nam in actionem L. Aquiliæ venit non tantum, fi dolo & lata culpa quid factum fit, verum etiam fi levi: adeoque in leviffimâ. *§. injuria. verficul. ac ne is quidem. Inftitut. de lege Aquilia. & leg. quadragefima quarta. In lege. ff. ad legem Aquiliam.* Ratio videri poteft apud Hottomannum *in Inftit.* Aliud eft in quafi delictis five impropriis. In his enim lata culpa fpectatur,

ctatur, & imprudentia quoque. *t.t. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* Non est omittendum, in delictis teneri delinquentem etiam de mora. Nam fur, v. g. semper moram facere intelligitur. *l. fin. ff. de condict. furt.* Multa hîc affert Delrio de furiosis, dementibus, prodigis, & pupillis, eorumque discrimine: quæ mihi satis aliena videntur: neque in h. l. propositum fuit Ulpiano explicare, de personis, quæ obligentur ex contractibus suis vel non obligentur: sed de ijs rebus, quæ in unoquoque contractu præstentur, vel non præstentur.

CAPUT DECIMUMSEXTUM.

DE PACTIS QUÆ CONTRACTIBUS ADIICIUNTUR; Quam vim habeant: Quotuplicia sint: quatenus valeant & utilia sint: quæ & quatenus sint inutilia, & nullius momenti.

FUIT hucusque prima pars nostræ Legis: in qua distinctè expositum est, quid recipiat quilibet contractus: sive quid in unoquoque regulariter alterum alteri præstare oporteat, ex vi & natura contractus: ubi etiam in appendice aliquid attigimus de alijs negotiis hic prætermissis, quid ibi præstandum veniat. Sequitur jam altera hujus Legis pars, *in vers. sed hæc ita.* quæ continet Exceptionem à regula: nimirum hanc: *Nisi pacto contrahentium fuerit à communi natura contractus recessum, & aliquid de ea immutatum.* Restat igitur, ut hîc de pactis explicemus, siquidem argumento Legis nostræ satisfacere, neque prævaricari volumus: Neq; verò huc infarcienda est tota pactorum natura, ut quicquid de pactis tradi vel disputari potest, huc congeratur: (Nam hoc alienum & præposterum foret: cùm de pactis proprium in Jure titulum habeamus: ubi latè exponitur, quid sit pactum, & quotuplex: item quis, & de quibus rebus, & quomodo pacisci possit: & quæ sit vis, quis effectus pactorum utilium. Sed quatenus pacta contractibus adjecta vel utilia sint atque efficacia ad naturam contractuum immutandam, vel tanquã inutilia atque invalida reprobentur, id hujus est loci examinare. Illustris omninò est hæc disputatio, nec immeritò etiam ab eruditissimo Hottomanno in illustres quæstiones relata, ubi hac de re agit quæstionibus duabus *36. & seq.* prolixè etiam hac de re tractatur ab Interpretibus communiter *ad leg. 7. Iuris gentium. §. Quin imò. & §. adeò. ff. de pact. & ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrah. empt.* in quam Legem extant præter veteres Dd. etiam Commentarij Berengarij Fernandi Professoris Oscensis in Hispania. & Cujacij *in Papiniano lib. 10. Quæstionum*: ubi d. l. 72. appellat, exemplo veterum famosissimam, & quâ nulla sit de pactis scripta lex elegantior.

Ut-

Ut autem tantò melius intelligi possit tota vis & natura pactorum conventorum, quæ contractibus adjiciuntur: (Nam de his solis, ut modò dixi, hic proprius est explicandi locus.) quædam præmittenda sunt evidentiæ causa.

Primum igitur evidentiale hoc esse potest: *Conventionem* esse genus, quod in duas species diducitur; *Pacta* nimirum & *Contractus. l. 1 § 3. conventionis. ff. de pact. Cujacius in Papiniano dict. libr. 10. quæst. Et Ioann. Borchold. de pact. cap. 1. num.* 8.

Secundo loco præmittendum est: Pacta & Contractus inter se plurimùm differre: ut suprà exposui *ad initium h. l.* potissima verò differentia hæc est: quòd pacta nuda non pariant actionem, sed tantum exceptionem: Cujus rei ratio suprà est indicata: Contractus autem producant actionem, multoque magis etiam exceptionem: Ex regula Juris, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem, multò magis competere dicendum est.*

Tertiò præmuniendum est: Pactorum alia rectè dici posse *absoluta*, alia *relata*. Absoluta, quæ per se consistunt. Hottomannus etiam hæc *Simplicia* vocat, *quæst. 36. in princ.* Relata verò quæ per se non constant, sed alteri cuipiam negotio principali sive contractui, qui etiam sine pactis suis viribus constare poterat, adjunguntur, eoque referuntur. Hottomannus hæc etiam *adjuncta* & *attributa* dici posse scribit.

Quartò: Pacta adjiciuntur contractibus (sive bonæ fidei sive stricti juris sint, nihil refert) vel in continenti; vel ex intervallo. *d. l. 7. §. Quinimò. ff. de pact. & l. 13 In bonæ fidei. C. eod. tit. & d. l. 72. ff. de contrah. empt.* Et inter hæc multum interest, quoad effectum, de quo infrà.

Quintò: *In continenti* sive *ex continenti* dicitur *adjectum pactum*, quod fit immediatè, ante vel post contractum, sive in ingressu vel egressu contractus: sive in ipso limine contractus, ut loquuntur Impp. *in l. 24. C. de Evict.* priusquam scil. contrahentes descenderint sive diverterint ad aliquem actum extraneum, qui cũ contractu præsente nihil commune habeat. *dd. ll. juncta l. 27. petens. C. de pact. & l. 3 C de ædil. act.* Ex quibus duabus legibus notandum est, etiam illa pacta, quæ contractum ipsum antecedunt, rectè dici in continenti apposita (intellige, dummodò nihil extraneum intervenerit) nec interesse quicquam, utrùm præcedat pactum, an verò statim subsequatur contractum. Nam res ad intellectum potiùs, quàm ad tempus referenda est: ut argutè animadvertit Cujacius *d. libr. 10. quæstionum Papin. p. 244. col. 2.* Voluerunt quidam Interpretes in continenti fieri etiam illud dici, quod fit intra dierum decem spacium. *l. 1. §. 8. item si. ff. ad L. Falcid.* Ita & Berengar. *ad d. l. 72. præfat. 3. n. 1.* sed hoc non facilè est admittendum. Nam in d. l. 1. (quo illi argumento nituntur) de decem diebus nullum habetur verbum; sed hoc tantum dicitur, in continenti accipiendum esse cum aliquo spatio, sive (ut alibi solet dici) cum quodam temperamento. Præterea nihil in ea lege dicitur de pactis vel in continenti, vel ex intervallo adjectis: ut mirer, quid tandem in mentem venerit ijs, qui legem nihil huc pertinentem quasi obtorto collo tamen huc pertraxerint. Hinc facilè à contrario intelligi potest, quid sit *ex intervallo interponi pactum*: nempe quod posteà fit, quando contractus jam perfectus habebatur, & postquam

contrahens jam ad alia negotia extranea divertit, sive deflexit. *dictis legibus, & l. 6. §, fin. in fin. & l. 12. si ex duobus. ff. de duobus reis constit.* Facit huc *l. continuus. 137. princ. ff. de verbor. oblig.* Berengarius *dicto loco*, hoc arbitrio judicis relinquendum esse potiùs quàm certis regulis definiri posse. *l. 1. §. fin. ff. de jure delib.* Cui assentior. & videatur in eandem sententiam Jacobus Menochius *libr. 2. de arbitr. jud. quæst.*

Sextò præmittendum est: unumquemque contractum habere suam quandam propriam formam, à lege vel moribus sibi attributam: quod pulchrè demonstrat Giphanius *in disput. de action. empti.* contra Cujacium, qui *in paratitl. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis*, vult, nullam posse dari certam ac perpetuam formam contractus, v. g. emptionis venditionis, locationis conductionis, &c. quia scilic. omnis ejus forma pendeat ex varietate & qualitate pactorum, quæ forment contractum & actionem ex eo. Sed hoc parùm considerate dici, vel ex eo patet, quia multi fiũt contractus, quibus pacta nulla adjiciuntur; sed manetur in terminis communibus, quibus alioqui contractus illi continentur. Jam si tales contractus, quibus nulla adjiciuntur pacta, nullam quoq; ex scriptis haberent formam, sed ea tota ex pactorum adjectione penderet: consequens esset, illos suâ formâ destitui. Hoc autem est absurdum: quia forma, ut in physicis, sic etiam in rebus civilibus, & actionibus humanis, est, quæ dat esse rei: & quâ destructâ, interit res ipsa. *gloss. & Doctores ad l. 9. Iulianus. §. 3. in fin. ff. Ad exhib. l. 7. §. quod si toto. ff. de acquir. rer. dom.* Verius igitur omninò est, unumquemque contractum suam habere formam, naturam & substantiam: etiamsi non accipiat aut mutuetur quicquam à pactis sibi appositis: Eaque forma alio nomine à JCtis appellatur status & natura obligationis: ut *l. 9 § 1. ff. de duob. reis. l. 27 § 2 in fin. ff. de pact.* Appellantur etiam *termini contractus*, ut *in l. Lucius. 24. t. Depos.* Quomodo Lucretius in rebus naturalibus appellat *fines cujusque rei*, quos si qua res transierit, desinat esse id quod ante fuit, & aliud esse incipiat.

Septimò: In quolibet contractu à JCtis veteribus duo hæc potissimùm considerantur: *Substantia contractus*, (quam & naturam ejus aliquando vocant: Hotomannus etiam *essentiam*) & *adminicula sive accidentia contractus. d. l. 72. pacta. ff. de contrah. empt. & d. l. 7. § Quinimò. in verbis: Extra naturam contractus. Substantia contractus* est, id sine quo contractus subsistere non potest: v. g. Emptionis venditionis substantia est merx sive res quæ veneat, & pretium in pecuniâ numeratâ sive nummis consistens. Ex his namque constat hic contractus, & substantiam capit obligatio, ut verbis utar Justinian. *in tit. Inst. de obl. quæ ex consens.* & sine his nulla intelligi potest emptio venditio. *§. pretium. Instit. de empt & vend. l. 2. §. 1. & l. 8. in pr. & d. l. 72. ff. de contrahend. empt.* Addi solet vulgò etiam tertium substantiale, videlicet *consensus*. Et quidem verissimum est, emptionem consensu peragi, & consensum hic omninò intercedere debere, adeò, ut error & dissensio vitiet contractum: *l. 1. §. fin. & l. 9 In venditionib. in pr. ff. de contrah. empt.* Sed hoc quoq; notandum, quòd consensus non tantùm in emptione & venditione necessarius sit, verum etiam in omnibus omninò contractibus. *l. 57. in omnib. ff. de O. & A.* ut etiã in transferendo rerum dominio. *l. 55. in omnib. ff. eod. tit.* Hæc igitur tria ubicunq; adsunt,

adſunt, res ſc. venalis, ſive merx, pretium ejus, & conſenſus contrahentium circa utrumque, jam perfecta eſt ſubſtantia contractus iſtius, ſive ſubſtantiam cepit obligatio. Si verò vel unum ex his deſit, deficit contractus in ſui ſubſtantia, ſive nulla eſt, nulla quoq; intelligi poteſt emptio venditio. *Adminicula contractus* ſive *accidentia ejus* ſunt, quæ extra naturam ſunt contractus, ut loquitur Ulpianus *in d. §. quin imò l. 7. ſupr. de pact.* ſive quæ poſſunt adeſſe vel abeſſe, & ſine quibus contractus benè poteſt conſiſtere: v. g. talis eſt in contractu emptionis venditionis cautio de evictione, & duplæ repromiſſio, ſi rem emptori habere non liceat. *l. 37 emptori. in princ. ff. de evict. cum ſim. l. ∂.* Conſiſtit enim nihilominus ſubſtantia contractus emptionis venditionis, etſi nihil de evictione cautum vel dictum fuerit: etiamſi quoq; à venditore non detur hoc nomine emptori fidejuſſor, qui à JCtis eleganter vocatur *ſecundus auctor. l. 4. in pr. ff. de evict.* reſpectu ſc. primi auctoris, qui eſt ipſe venditor. *l. 51. ſi per. in pr. & l. Herennius 65. §. 1. & 2. & ibi Budeus in Annotat. Pand. ff. de evict. & l. 3. l. 7. cum duab. ſeqq. l. 11. & l. 17. C. de evict.* Hic enim (venditor) ſemper tenetur præſtare emptori auctoritatem ſive evictionem, ſi ei res auferatur, ut eam habere non liceat. *l. fin. & t. t. ff. de evict. & t. t. C. eod.* Idem diſcrimen inter ſubſtantiam & adminicula contractuum pluribus exemplis declarari poſſet, eundo per omnes contractus: ſed ut modum ſervemus, hoc unum pro omnibus brevitatis cauſa nunc ſufficiat. Hoc non eſt prætermittendum: quòd gloſſographi non contenti hac ſimplici veraque doctrina & bimembri illa diſtinctione eorum, quæ in contractibus verſantur, plures etiam excogitaverint rerum ſpecie: quaſi ſc. cum Papiniano & Ulpiano de laude ſubtilitatis & acuminis certare voluiſſent. Nã Accurſius, ejuſq; ſequaces alia conſtituerunt contractuum *Subſtantialia*, alia *Naturalia*, alia denuq; *Accidentalia*: ut videre eſt poſt veteres Dd. apud P. Nic. Mozzium *in Tractatu de contractibus, per totum.* Sunt etiam, qui ne hac quidem trimembri diviſione contenti, adhuc λεπτολογέστερον, h. e. minutiùs diſſecant. Naturalia enim ſubdividunt in *intrinſeca* & *extrinſeca*: ut videri poteſt apud Berengarium Fernandum *in comm. ad d. l. 71. præfat. 3. n. 5.* ubi ex Alberico de Roſate, Naturalia intrinſeca, ſive innata contractui, ea eſſe dicit, quæ licet non exprimantur per contrahentes, tamen ipſa lex cõt. actui tribuit: idq; ibidem declarat exemplis: ſicut naturalia extrinſeca; quæ putat eſſe eadem cum illis, quæ Papinianus vocat Adminicula: ſub quo tamẽ verbo etiã Accidentalia putat cõprehendi. Joã. Schneidevvin. *ad tit. Inſt. de obl. ſub rub. de contractib. n. 20 cum 3. ſeqq.* eumq; ſecutus Ludolph. Schrader. civis meus clariſſ. *in com. de contractib.* quatuor faciunt ſpecies; ut *ſubſtantialia, naturalia, ſolennia,* & *accidentalia*: quæ etiam paſſim in ſingulis ſpecieb. contractuũ Schraderus inculcat. Sed præſtat fortaſsè loqui cum antiquis & elegantiorib. illis JCtis, exemplo etiã Hottomanni & Cujacij: quorũ iſte *in Papin. pag. 242.* disertè rejicit illam Accurſij diſtiõnẽ inter ſubſtantialia & naturalia. *Non eſt* (inquit) *conſtituenda differentia inter naturam & ſubſtantiam. Accurſius dicit, Alia eſſe pacta de naturalib. alia de ſubſtantialib. alia de accidentalib. Malè. Nam naturalia & ſubſtantialia idem ſunt*: Et rurſus: *Naturalia & accidentalia idẽ non ſunt, veluti adminicula.* Et mox: *Pacta quæ ſunt de adminiculis, nos Accidentalia dicimus.* Giphanius quoq; *in Comm. de diviſ. juris.* cõſimiliter hanc Dd. diviſionẽ

refellit. Non nego tamen, aliquando etiam à veteribus Naturam contractus aliter quam pro substantiâ ejus usurpari: ut cùm Paulus ait, Naturam mandati esse ut in eo præstetur levis culpa, & tamen pacto effici posse, ut hanc naturam suam excedat. *l.5.§ pen.ff. d.præscript. verb.* ubi certè non potest dici, naturam mandati idem valere quod substantia. Hæc enim pacto immutari non posset. Videatur & Hottomannus *illustri quæst.* 37.

Octavò notandum est: alia esse pacta *adjicientia*, alia *detrahentia contractui. Adjicientia* pacta sunt, quæ aliquid adjiciendo sive ad substantiam contractus, sive ad ejus adminicula, eum augent & amplificant: proindeque conditionem Actoris efficiunt meliorem; Rei verò duriorem. *Detrahentia* pacta sunt, non per quæ ab ipso contractu planè receditur (ut voluit Cuiacius ad *d. lib.* 10. *quæst. Papiniani pag.* 242. quem refutat Hottomannus: Cui magis assentior) sed potiùs, quibus aliquid de substantia vel adminiculis contractus detrahitur, ita tamen, ut interim contractus maneat. Hæc pacta conditionem sive obligationem Rei faciunt leviorem & faciliorem. Utrumque genus multis exemplis ac legibus declarat Hottomannus *d. quæst.* 36. *in princip.* Ut autem suprà Dd. non erant contenti illâ divisione in substantiam & adminicula contractus, sed plura excogitarunt membra: ita hic quoque pacta multiplicia introduxerunt. Nam alia vocarunt pacta *Informativa*: alia *Reformativa*, alia *Transformativa*, alia *Conformativa*, alia *Deformativa*, alia denique *Resolutiva*: quæ singula Berengarius *in d. Comment.* declarat suis definitionibus & exemplis: quæ nihil necesse est nos huc transcribere. Hoc tantùm dicō, videri illos Interpretes interdum nimis acutè cernere, & Papiniano atque Ulpiano ipso sapientiores & oculatiores esse voluisse. Et tamen non oportet nos horum terminorum prorsus esse rudes & ignoras, vel propter scripta Interpretum in quibus illi sæpe occurrunt.

Nono & postremò: distinguendum est inter *rem integram* & *non-integram*. Non parum enim interest, utrùm pacta adjiciantur contractui, dum res est integrâ, an verò quando non amplius integra est. Tam diu autem res dicitur integra, quamdiu nihil est secutum: v. g. in emptione & venditione res est integra, si neq; res tradita sit emptori, neque pretium numeratum venditori: & similiter, in cæteris contractibus qui consensu fiunt: vel etiam si re jam secutâ posteà in integrum, sive in priorem statum omnia sint restituta: ut explicatur pleniùs §. *fin. Inst. Quib. mod. toll. obl. & in l* 7. § *adeo. ff d pact. & l* 58. *ab emptione eod. tit. & l.* 1. *&* 2. *C. quando liceat ab empt. recedere, cum simil.* Hinc facilè à contrario intelligitur, quando res non sit integra: nimirum re jam secutâ: v. g. cum vel Emptor numeravit pretium, vel rem tradidit venditor.

His necessariis ad majorē evidentiam præmonitionibus factis, deinceps regulas ipsas de viribus pactorum contractibus adjectorum videamus.

Prima igitur regula hæc sit: *Pacta in continenti sive initio & in ipso ingressu contractui adjecta, insunt contractui, & ipsi legem dant & formant ipsam actionem: ac locum habent tàm ex parte Actoris, quàm ex parte Rei.* Ex parte actoris, ut scilicet ei detur actio: ex parte rei, ut illi detur exceptio. In qua tamen exceptione

one etiam ipse agere dicitur, & actoris partibus fungi. *l.1. in princ. ff. de edendo.* Altera Regula hæc esto: *Pacta ex intervallo apposita, ex parte Rei duntaxat locum habent, sive insunt, non etiam Actoris*: Id est illi quidem actionem pariunt: huic vero actionem non producunt. Sumuntur hæ regulæ ex *l. 7. §. Quin imò. ff. d. pact. & l. 13. In bonæ fidei C. eod. tit. cum sim. ll. in gl. alleg.* utramque vero breviter explicemus. Ac primo rationem utriusque videamus. Est autem prioris quidem illa ratio: quia pacta juri præstare dicũtur, ut est vetus verbum apud Cornificium *in lib. ad Herenn.* id est præstabiliora vel potiora sunt pacta jure & legibus ipsis. Etsi autem pacta ipsa per se, sive nuda, nimis sunt imbecilla, quàm ut actionem pariant: tamen continentia ipsa sive cohærentia contractus cui adjecta fuerint, majus robur ipsis attribuit & communicat, ut jam non amplius nuda esse videantur, sed actionem quoque producant, quàm si sola fuissent, absque contractu, cui adjiciuntur, nequaquam produxissent. Dd. vulgò aiunt hic esse pactum *vestitum.* Nam ex variis vestimentis pactorum quæ consarcinàrunt (quæque post Accursivum, & alios, repetuntur etiam à Schneidevvino *ad tit. Instit. d. obl. sub rubr. d. pactis. n. 11. & 7 seqq.*) unum faciunt, cohærentiam contractus: quam loquendi formulam veteribus usitatissimam Interpretes recentiores ferè solent repudiare, explodere, & exagitare: nec sanè immeritò. Posterioris regulæ cur inquam pactum ex intervallo factum Reo tantùm prosit ad exceptionem, non etiam Actori proficiat ad actionem; ratio hæc est: quia tale pactum per se consistit ac nudũ est, nullasq; vires accipit à cohæsione seu cohærentia contractus: Idem ergo de illo est judicium, quod de quovis alio nudo pacto, sive (ut suprà ex Hottomanno appellavimus) absoluto: de quo genere hæc est regula sæpissimè in jure nostro repetita: *Ex pacto Jure Civili actio non nascitur. d. l 7. §. quin imò*, ubi ter hoc repetiit Ulpianus pro ratione, *ff. d. pactis. l. 27. si tibi. C. d. locato, cum simil.* Notandum est autem, quod in utraque regula promiscuè usus sum his formulis: *Inesse ex parte Actoris vel Rei, & locum habere ex hac vel illa parte*: qua in re sequor Ulpianum *in d. l. 7. §. Quin imò & §. seq.* ubi hæc duo pro eodem accipit. Nam distinctio Hottomanni, qui putat *in d. quæst. illust. 36.* non rectè dici de Reo, ex ipsius parte inesse pacta, sed tantùm de actore sic loquendum esse, nimis subtilis videtur, ab Ulpiano certè neglecta, qui promiscuè his formulis utitur, *Inesse, & locum habere.*

Dixi in priori regula, *pacta initio contractus adjecta*, nec addidi, utrùm hoc intelligi debeat de bonæ fidei contractibus, an verò etiam de strictis. Plerique hoc negant & contendunt, tantùm de bonæ fidei contractibus verum esse, quod pacta in continenti apposita, illis insint. Rationes has adferunt. 1. Quia nullus in Jure locus extet, quo probari possit, pacta etiam strictis contractibus in continenti adjecta inesse. 2. Quia Leges nominatim de Bonæ fidei contractibus loquantur; quod certè frustrà fieret, si idem etiam in strictis obtineret. *d. l. 7. §. Quin imò. ff. d. pactis. & d. l. 13. In bonæ fidei* C. *eod.* Inclusio igitur unius habenda est pro exclusione alterius generis. 3. Afferunt *l. 27. petens. & l. seq.* C. *d. pact. & l. 17. si tibi in pr. ff. eod. l. 11. rogasti. §. si tibi. vers. sed si ff. d. reb. cred.* Videatur & Cuiacius *ad l. 7. d. pact. & in tract. 8. ad Affric. & in observ. lib. 10. c. 24.* Item Donellus

in comment. ad d. l. 13. Cod. d. pact. & adl. si ita 135. §. Seja. n. 12. & 14. ff. d. V. oblig. & Borchold. *in tract. d. pactis cap. fin. n. 46.* Item Giphanius *in tit. ff. d. pact.* Hottomannus tamen *in d. quaest. 36. & lib. 1. amicab. resp. cap fin.* in contraria est sententia existimans, summam esse hoc in re convenientiam inter contractus bonæ fidei & Stricti juris; & istam disputationem de vi pactorum contractibus adjectorum utriq; generi communem esse; quod quo pacto demonstrare conetur, apud ipsum legere licet. Allegant quidam etiam *l. 52 ff. d. verb. obl.* sed satis impertinenter, ut mihi quidem videtur. Nam dum ibi scribit Ulpianus, contrahentes dare formam contractui in stipulationibus conventionalibus, non loquitur de pactis in continenti adjectis stipulationi, (de quibus hic in regula agimus) sed de ipsis formulis stipulationum conventionalium, quas ait concipi pro arbitrio contrahentium, secus quam in stipulationib. prætoriis. Propositum. n. est JCto, ostendere discrimen inter conventionales & prætorias stipulationes: quarũ illæ accipiunt formã suã & legẽ ex ipsa conventione contrahentium, unde & nomen habent: hæ verò ex mente & auctoritate prætoris totæ dependent; adeò, ut in ipsis nihil possit immutari, nihil addi, nihil detrahi. Jam verò inter formulam sive conceptionem istam stipulationis, & inter pacta stipulationi adjecta multum interesse, nemo non intelligit, tantum scilicet, quantum inter substantiam & accidentia rei. De illa autem quæstione paulò superius motâ breviter sic sentio: utrumq; rectè dici, pacta in continenti adjecta inesse bonæ fidei contractibus, & inesse quoq; contractibus stricti Juris: sed diversimodè. Nam in priori quidem genere insunt omnia pacta tàm quæ creditori sive actori prosunt, quam quæ debitori sive reo: In stricti verò Juris contractibus, v. g. in stipulatione, in mutuo, insunt non omnia, sed tantùm ea quæ prosunt reo. Exemplum est in *l lecta 40 d. reb. cred.* ubi Paulus. *Pacta* (inquit) *in continenti adjecta stipulationi inesse creduntur:* nempe quia pactum ibi factum erat pro reo, ad hoc, ut ipsius obligatio minueretur ac levior fieret; puta ut quod una vice proximis calendis solvere debebat, solvat per partes, & diversis temporibus &c. Ratio diversitatis inter contractus Bonæ fidei & stricti Juris, quare in illis omnia insint pacta, & quæ Actori & quæ Reo prosunt, in his verò ea tantùm quæ Reo, hæc est: quia in contractibus strictis, ut in stipulatione, omnia strictè accipimus, ita ut nihil quicquam in stipulationem deductum intelligatur, quod non sit comprehensum ipsis verbis stipulationis. *l. quicquid. 99 ff d. verb. obl.* sed in bonæ fidei contractibus laxior est æquitas & bona fides, quæ ibi magis dominatur. In illis judex formulæ certæ adstrictus est: in istis verò ex æquo & bono judicat, ut docet Imperator *in §. in bonæ fidei. Instit. d. Action.* Quocirca non est mirum, quod pactum bonæ fidei contractui in continenti appositum ab actore, & pro ipso, sic recipiatur atque inseratur in ipsum contractum, ut quasi pars ejus fiat, & formet aut reformet ipsum contractum & actionem inde ortam. *d. l. 7. §. Quin imo ff. d. pactis: & l. 10. cum dotem. C. d. Ju. dot.* Quod idem non potest dici de strictis contractibus, ubi (ut ajebam) omnia strictè sunt accipienda, neque igitur pactum ibi pro creditore adjectum inerit ut ei producat actionem. Pro Reo tamen adjectum inerit: sed cum hoc discrimine à pactis bonæ fidei judicio adjectis; quod in bonæ fidei judiciis non est opus, ut exceptiones pacti deducan-

tur

tur à Reo in litis contestationem, cum ipsæ per se insint judicio: in strictis autem hoc fieri necesse est *l.3. D. d. rescind. vend.* Itaq; si Judex sciat, Reo aliquam competere exceptionem, in bonæ fidei judicio, habebit ejus rationem, quamvis non fuerit opposita neq; allegata in ipsa litis contestatione. Nam ut rationem ejus habeat, officio ipsius continetur, quod in hujusmodi judiciis bonæ fidei latissimè patet. *l.38. planè, & l. fin. in fi. ff. d. hered. pet.* Quod totum secus est in strictis judiciis. *d. l.3. in verb. Ex stipulatu agentem exceptione submoveri oportet ff. d. rescind. vendit.* Emphasis inquam est in his verbis: *Oportet*, &, *Submoveri*. Nam submotio illa sive exclusio actionis, intelligenda est facta nimirum vel facienda ab ipso Reo: qui si illam omiserit in litis contestatione, & postea condemnetur à Judice, sibi hoc debet imputare, qui exceptionem quam habebat, non apposuerit. Ratio differentiæ ex suprà dictis jam satis intelligitur, quia scil. in Strictis judiciis Judex alligatus est ad formulam; In bonæ fidei autem judiciis latissima potestas datur Judici, ex bono & æquo judicandi, proindeq; etiam attendendi ad eam exceptionem, quæ inest ipsi judicio, etsi non fuerit mentio ejus facta in ipsa litis contestatione.

Illud quoque notandum: Ex quovis quidem pacto nasci exceptionem cuicunque contractui & quandocunque appositum fuerit, imò etiamsi pactum quasi solitarium & absolutum fuerit: sed non quamvis exceptionem pacti inesse contractui vel judico, verùm duntaxat eam, quæ ex pacto bonæ fidei contractui in continenti apposito competit.

Porrò quod dixi in priori regula de pactis in continenti adjectis contractui, ita est intelligendum, & sub hac duplici limitatione. 1. *Modò pacta non sint contra Leges, vel bonos mores, vel humanitatem, vel religionem.* Nam si hujusmodi sit pactum, quantumvis & bonæ fidei contractui & in continenti adjiciatur, tamen nullas habebit vires, neq; formabit contractum vel actionem. *l.7 §. Et generaliter.* ubi dicitur pactum remotum à Jure Communi, quod ei repugnat. *& l. 27. si unus §. 4. pacta. & l.28. contra. ff. de pact. l. un. §. ult. C. de rei ux. act. l. 14. alia cursu. §. 1. D. Sol. matr.* Et ratio in promptu est. Quia talia nos ne facere quidem posse credendum est, ut ait Papinianus *in l. 15. filius fam. D. de condit. instit.* Videatur & *leg. 11. Quod sit locus. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non valet pactum quod adjicitur venditioni loci monumenti. Ne in eum inferatur mortuus quem jus est inferre. Videatur & *l. 6. & 7. ff. d. serv. export.* Hæc tamen pacta ipsa quidem vitiantur & inutilia sunt: non autem vitiant contractus per se utiles & validos: quia utile per inutile nō debet vitiari. *l.1 ff. d. ver. obl. & c. utile. Extr. d. R. J. in 6.*

Altera tamen limitatio est: *Dummodò pacta quæ contractibus in continenti adjiciuntur, non sint* contra substantiam *eorum.* Nam & talia pacta non formant veterē contractum & actionē ex eo, sed potiùs novum & aliū constituunt contractum. Hoc ut intelligatur, ante omnia distinguendum est pactum quod est *extra naturam contractus*, ab eo quod est *contra naturam & substantiam contractus.* Deinde notandum est, non parùm interesse, utrum quis paciscatur *de substantia contractus* an *v. cōtra subst. cōtract.* Nā pactū extra naturā cōtractus, est omninò inutile, & docet Ulp. *in l.7. §. Quin imò. v. idē responsum ff. d. pact.* Similiter nō est inutile pactū, quod fit de substātia cōtractus ut in empt. venditio-

ditione, si pretium, in quo substantia emptionis consistit augeatur vel minuatur: item in locatione conductione, si merces. Sed pacta contra substantiam contractus adjecta non valent, neque formant, sed potius evertunt contractum. Patebit hoc in exemplis, quæ subjiciam, ut ecce; Depositi natura hæc est, ut eadem ipsa res, quæ deposita est, sive idem corpus quandoque restituatur, v. g. iste sacculus pecuniæ obsignatæ plenus &c. Jam si in contractu talis adjiciatur conventio, ut non idem reddatur, sed tantundem, vel etiam cum usuris, hujusmodi pactiones etiam contra naturam & substantiam depositi, excedunt modum pecuniæ depositæ, sive excedunt notissimos terminos Depositi. *l. 24. Lucius. & l. 26. Publia.* § 1. ff *Deposit.* Erit igitur potius alius contractus: videlicet Mutui, cujus hæc est natura, ut non idem reddatur, sed tantundem. *l. 2. in pr. & l 9. certi. §. fin. ff. d. reb. cred.* Aliud exemplum sumitur ex Mutui datione. Pactum in hoc contractu appositum, ut debitor plus reddat quam acceperit, puta viginti vel undecim pro Decem, est inutile; neq; hic nascitur obligatio ultra decem: quia mutuum re contrahitur, non potest igitur re nasci obligatio, nisi quatenus datum fuerit. *l. 17. in pr. ff. d. pactis, l. 11. Rogasti.* § 1. ff. *d. reb. cred.* Dices, superfluum illud sive summam excedentem id quod mutuo datum est, si nō tanquam mutuum, saltem tanquam usuram & accessionem pecuniæ creditæ deberi ac peti posse ex pacto. Resp. ne hoc quidem fieri posse: quia in strictis contractibus (quale est mutuum) usuræ peti non possunt citra vinculum stipulationis. Non igitur ex pacto. *l. 3. quamvis. C. d. usur. cum simil.* Aliud exemplum item ex contractu mutui, tale est: Mutui natura hæc est, ut idem genus quod acceptum est reddatur, v. g. tot nummi pro totidem nummis: item vinum pro vino, frumentum pro frumento &c. Jam si convenerit inter contrahentes, ut non idem genus reddatur, sed aliud: puta vinum pro tritico, vel pecunia numerata pro frumento &c. non erit mutuum, & contractus alius, puta permutationis, vel do ut des. *l. 2. in pr. ff. d. reb. cred. l pen. C. d rer. permutat.* Sic si convenerit, ut eadem species reddatur, non erit mutuum, sed vel commodatum vel depositum: Commodatum quidem, si dicis causa, hoc est ad pompam & ostentationem quis acceperit, ut scilicet locuples videretur. *l. 3. §. fin. ff. Commod.* qualis in speciem tantum dives & vanus ostentator opum elegantissimo vocabulo à Græcis appellatur φαντασιοπλούταξ. Depositum erit, si custodiæ causa sit res data. Aliud exemplum est in Mandato, quod constat sui natura esse gratuitum. *l. 1. §. fin. ff. Mandati.* Si igitur mandato contrahentes adjiciant tale pactum, de mercede danda pro opera, non amplius erit mandatum, (quamvis contrahentes forte sic appellaverint.) Sed alius contractus, sive nominatus, ut locatio conductio, sive innominatus do ut facias: proindeque non dabitur mandati actio, sed aut locati cōducti, aut præscriptis verbis. Idem sentiendum est de aliis quoque contractibus sui natura gratuitis, ut de commodato & deposito, & similibus. Aliud exemplum est in Emptione venditione. Certum est substantiam hujus contractus consistere in pretio, ut supra dixi ex *§. pretium. Instit. d. empt. & vend. & l. 2. §. 1. cum l. 72. pacta ff. d. contrahend. empt. & l. 3. C. eod.* Jam si contrahentes paciscantur ne detur pretium sive pecunia numerata pro merce-

merce seu revendita, sed alia res puta domus pro agro, vinea pro gemmis &c. non erit amplius emptio venditio, sed alius contractus, puta permutationis. *l. 5. ff d. præscr. verb. l. 1. ff. de rer. perm.* Similiter si donationis causa contrahatur emptio, nempe ut pro re empta nihil pretii detur, sed res gratis vel pro uno nummo transeat ad emptorem, hæc non erit emptio, sed donatio. *l. 9. C. d. contrah. empt.* Idemq; valet etiam in locatione uno nummo facta *l. 46. si quis. ff. Locat, & l. 10. si quis §. fin. ff d. acquir poss.* Aliud exemplum talis pacti, item in contractu empt. adjecti extat *in l pen §. fin. ff. d. contrah. empt.* nempe si inter contrahentes hoc agatur vel conveniat, ne dominium rei venditæ transeat ad emptorem, tunc enim non erit emptio venditio, sed locatio, (hujus enim ea est natura, ut non soleat mutare sive transferre dominium. *l. 39. non solet. ff. locati. l. 65 convenit. in f. ff. de contrah. empt. & l. 2. C. d. præscr. 30. vel 40. ann*) vel erit aliud genus contractus. *d. l. pen. §. fin. d. cōtrah. empt.* Etsi enim translatio dominii, non sic est de substantia emptionis, ut est pretium: unde neq; cogitur venditor rem facere emptoris, sive ipsi dare. *l. 25. si ita distrahat. §. 1. ff. d. contrah. empt. l. 30. servum §. fin. ff. d. act empt. l. 1. ff. d. rer. perm.* & valet etiam rei alienæ emptio & venditio. *l. 28 rem ff. eod.* idq; propter libertatem commerciorum receptum est, quamvis res emptori possit auferri & evinci per verum dominum. *d. l. 28. & t. t. ff & Cod. d. Evict.* tamen quia ad hunc finem tendit emptio, ut emptor per traditionem rei non modò possessionem adipiscatur, sed etiam dominium ejus quatenus omnino potest, vel certè usucapiendi conditionem, *l. 74. clavib. ff. d. contrah. empt.* & quia nemo hoc animo emit, quòd non velit fieri dominus rei: idcirco talis conventio, de non transferendo rei venditæ dominio, repudiata est, tanquam contraria ipsi fini & naturæ emptionis, & intentioni ementis: proindeq; non poterit relinquere & informare contractū emptionis, sed potius eum evertet, & in ejus locum substituet aliud quodpiam planè novum ac separatum negotium. *d. l pen. ff. d. contrah. empt.* Aliud exemplum præbet Precarium, cujus hęc est natura, ut possit is qui concessit quandoq; voluerit revocare *l. 1 & 2. §. & natural cum l 15. Et habet ff. de precario, & dixi sup. sub c. de precar.* Si igitur precario talis adjicia ur conventio, quantumvis initio sive in continenti, ut concedens non possit rem repetere ante certum tempus; hujus conventionis nulla vis est, ut rem alienam domino invito possidere ac retinere liceat, ideoque precarium tenens, non est adjuvandus exceptione pacti, contra repetentem, & possessionem ipsi ante tempus cōstitutum auferre volentem *l. 12. cum precario. in pr. ff. d prec.* Nec obsta si quis urgeat, non posse hoc casu invitum dici dominum precariò concedentem sub tali lege: quia volens & contentiens talem fecerit conventionem. Respondetur enim, hanc conventionem & voluntatem haberi pro nulla: quia sit contraria ipsi naturæ precarii, quam jus ei attribuit quamque privati suis pactionibus immutare non possunt. *l. 38. Jus ff d. pactis, & l. 27. Nec ex. h. t. nostro, cum sim.* An ergo, inquies, non poterit quis juri pro se introducto renuntiare, eoq; non uti? Resp. Omninò potest, per *l. pen. C. d. pact.* & Cicero *in orat. pro Balbo.* sed ita tamen ne pactionib. privatorum infringatur modus cujusq; rei, sive actionis, lege seu Jure Civili, vel per prætorem, introductus sive constitutus. *d. l. 27. d. R. J.* Illud faciè concesserim per talem conventionem de re ante certum

tempus non revocanda, adjectam precario, transformari precarium in commodatum. Cujus natura est, quòd non possit revocari ante expletum usum certi temporis, ad quem fuerat concessum. *l. 17. in commodato. §. sicut ff. Commod.* non obstante eo, quod contrahentes fortè usi fuerint verbo precarii, non autem Cōmodati. Nam non tàm ad id respiciendum est, quo nomine contrahentes appellaverint unum quodq; negotium; quàm quibusnam limitibus lex aut Prætor negotia & contractus à se invicem separaverit: item, quem modum, quam formam, cuiq; attribuerit; sive quos terminos ei circumdederit. Nam & aliâs traditum est, rem magis quam verba spectari oportere. *l. 41. promittendo. §. 1. de Jure dot. & l. 2. C. communia de leg. cum sim.* Etsi enim magna est vis & libertas pactorum & conventionum in contractibus: tamen tanta non est, ut possit naturam rerum invertere aut infringere modum à lege vel prætore præscriptum, aut notissimos terminos contractuum migrare. Nam si hoc admitteretur, tum verò maxima sequeretur confusio & perturbatio vitæ communis & civilis, nullaq; mansura esset certitudo commerciorum & contractuum, quibus Reipub. utilitas & hominum inter ipsos consociatio continetur. Firmiter itaq; tenendum est quod ait Pomponius *in d. l. 27. h. t.* Privatorum pactionibus non posse infirmari modum actionum vel lege vel per prætorem introductum, nec si (hæc enim est vera lectio: non, ut alii legunt, *nisi*) tunc inter eos convenerit, cū inchoatur actio; quorum verborum simplicissimus ac verissimus sensus hic est, unumquenq; contractum habere suam formam sive substantiam (quam JCti *modum actionum* vocant) à lege vel prætore, sive Jure Civili vel prætorio, introductam & constitutam, sibiq; attributam: & hunc modum sive hanc formam & substantiam contractuum non posse infirmari, tolli, aut deleri pactionibus contrahentium; ne quidem si in ingressu contractus sive in continenti interpositæ fuerint. Hoc enim volunt ista Pomponii verba: *tum cum inchoatur actio*: ubi non pro jure persequendi in judicio quod sibi debetur vocabulum Actionis accipiendum est, ut aliàs plerunq; solet. *t. t. Instit. d. Action. l. 25. de obl. & A* sed pro ipso actu, tractatu, sive contractu, ut etiam paulò ante in eadem lege, cum *modus actionum* dicitur. Observandum præterea est in eadem lege, quàm pulchrè & accuratè distinguat JCtus inter causas obligationis & modum actionum. Illas enim ait posse pactionibus immutari tàm ipso jure, quàm per exceptionem pacti conventi: hunc negat posse infirmari pactionibus privatorum: Causas autem obligationis vocat, quas diligenter explicat Paulus *in l. 44. ff. d. O. & A.* Hæc obiter de vera lectione & interpretatione *d. l. 27. d. R. J.* quæ multos frustrà torsit, volui attingere: nunc ad exempla pactorum inutilium revertor. Aliud igitur exemplum est ex contractu Dotis sumptum. Dos ipsa restitui debet, quæ data est. Jam si convenerit, ut non res, sed pretium sive æstimatio ejus restituatur, soluto quandoq; matrimonio, migrabit ea res in alium contractum, videlicet emptionis venditionis. *l. 10. Cod. de jure dot.* æstimatio enim instar exceptionis est. *l. 10 plerunq; & l. 16. quoties. ff. d. jur. dot. l. 1. 5. & d. l. 10. Cod. eod. tit. l. 51 æstimatio. ff. solut. matrimon. & l. un. §. cumq; 9. C. d. rei ux. act. & dixi sup. sub c. d. dote.* Sequitur aliud exemplum etiam ex contractu Dotis. Dos soluto matrimonio reddenda est, annua bima trima die: & hoc tempus Paulus ait ei datum esse legibus. *l. 27. si unus §. 2. vers. quod & ff. de pactis.*

& Proculus ait, tempus legibus statutum esse *l.17. Atticilinus.ff.de pact. dot.* si igitur conveniat, ut dos tardiùs solvatur, puta post triennium vel quadriennium &c. tale pactum non valet: quia per id deterior fieret causa dotis: hoc autem fieri non debet. *d. l. 27. §. 2. infi. ff. d. pact. & d. l. 17. ff. d. pact. dot.* Esset enim contrarium favori dotis, qui in omni jure est maximus. Vnde Pomponius *in l. 1. ff. solut. matrimon.* inquit dotium causam semper & ubiq; præcipuam esse: & publicè interesse dotes mulieribus conservari: quod & Paulus confirmat *in l. 2. ff. d. jur. dot.* melior sanè fieri potest conditio dotis per pactum, puta si mulier paciscatur dotem sibi reddi præsenti die, id est, statim post solutum matrimonium, non expectato legitimo tempore, nempe annua bima trina die: hoc certè pactum valet, & potest mulier statim ex eo agere. *d. l. 27. §. 2. d. pactis.* Quòd si debitor se tueri voluerit exceptione legitima, dicendo nondum venisse tempus ad agendum præstitutum, repelletur replicatione doli sive pacti: quia scilicet per pactum renunciavit beneficio legis, & jam ei contravenire volens, dolo facit, & contra proprium pactum. Quęret aliquis quid ergo Juris erit, si mulier, cùm priùs fuisset pacta, dotem sibi reddi pręsēti die, sive statim, posteà ab hoc priore pacto recedat per posterius, quo convenerit dotem reddi legitimo tempore, id est, annua bima trima die? valebitne tale pactum, an erit inutile? Videbatur dicendum non valere; quia dotis causam faciat deteriorem, & mulieris conditionem duriorem. Quid ita? quia cùm dosset antea statim repetere dotem, vigore pacti prioris (quod quidem ei multò commodius erat, quia, ut vulgò quoq; dicitur, bis dat qui citò dat) jam ex posteriore pacto, si quidem id valere dixerimus, cogetur expectare lapsum illius temporis, & tardiùs suum consequetur: quia qui tardiùs solvit, minus solvere intelligitur, ut ait imperator *in §. si quis. v. tempore. Institut. d. action.* Contrarium tamen responderunt Scævola & Paulus: nempe posterius pactum, sicut alibi solet, ita hic quoq; potius esse & prævalere priori, per *l. 12. pact. C. d. pact.* proindeque mulierem, si petat ante diem, posse exceptione pacti submoveri, quæ est exceptio dilatoria. Nec obstat ratio dubitandi modò indicata: Negandum enim, hoc casu per posterius pactum fieri deteriorem causam dotis, aut mulieris conditionem deteriorem vel duriorem: quia potiùs incipit dos redire ad jus suum, quod lex naturæ ejus tribuit, & suæ formæ redditur. *d. l. 27. si unus §. 2. vers. quod &. ff. d. pact.* Qui locus ad hunc modum est explicandus: & observandum obiter, eo confirmari vulgare axioma, quo dicimus unamquanq; rem facilè redire ad pristinam suam sive primævam naturam: quod & aliis locis multis demonstrari potest. Aliud exemplum est in contractu Societatis in quo si convenerit, ut unus ex sociis solus conferat vel pecuniam vel operam, alter verò nihil prorsus neq; pecuniæ neq; operæ quæ pro pecunia valeat, non erit societas, sed donatio. Cur ita? Quia pactum hujusmodi est contra naturam societatis quæ postulat, ut uterque aliquid conferat, si non pecuniæ, saltem operæ &c. *vid. l. 5. §. fin. ff. pro soc. & l. 32. cum hic status: §. 24. si inter. ff. de donat. inter vir & uxorem. & l. 16. in causa. §. 1. ff. de minor.* Quib. omnib. locis dicitur societatem donationis causa contractā nullā esse. Quod ei cōmune est cū ēptione vēditione, iteq; locatione cōductione. *l. 38. si quis. ff. d. cōtrah. ēpt. & l. 46 si quis. ff. Locat.* Rursū aliud exēplū sumitur ex eodē cō-

tractu Societatis, pactum quo cõvenit, ut ad unum ex sociis pertineat omne lucrũ, alter damnum sustiniat solus ab omni lucro exclusus, est inutile: quia contra naturã societatis. *l.39 si non.§.1.ff.pro soc.* ubi hoc iniquissimum genus societatis appellatur & proverbio Cassiano ex fabula Æsopi sumpto *Leonina societas*. Item Aliud exemplum ex eodem contractu. Pactum ut societas nũquam dirimatur, item ne unquam fiat divisio rei communis, sed ut in æternum duret societas, & communio, nullas habet vires *l 70.nulla ff.pro soc.& l.14 In hoc.§.si conveniat.ff.communi divid.* Quia repugnat naturæ societatis; quæ est, ut in ea nemo invitus detineri compellatur, sed possit ei renuntiare, cum non amplius libet in societate manere, sive, ut loquuntur, stare in communione. *l fin.C.cõmuni divid.& l.action 65.§ dicimus. cum §§.seqq.ff pro soc.& §.manet Inst.de societ.* Similiter non valet pactũ societati adjectum, ut societas ultra mortem porrigatur, atque etiam ipse heres sit socius. *leg. 35.nemo potest.& l.52.cum duobus § 9 idem respondit.ff.pro soc.* Quia hæc est societatis natura, ut morte unius ex sociis dissolvatur. *l.59. Adeò in pr.& d.l. 65.§.morte.ff. pro soc.& §.solvitur.Inst d.societ.* idq; ideo quia in hoc contractu electa est industria certæ personæ, quæ cum persona extinguitur, nec transit in heredem. *d.§.solvitur.* præsertim cum heredis persona quæ aut qualis futura sit nondum sciri possit, vivente socio; cùm viventis nulla sit hereditas, nullus heres. Quæ cum ita sint, equidem satis mirari non potui, quid in mentem venerit Clarissimo Hotomanno, cùm *in Illustr.quæst.37.prope finem* scriberet, valere pactionem, ut heres socii succedat in locum mortui; cùm disertè dicatur contrarium *in d.l.52. §. idem ff. pro soc.* quam tamen ipse pro se adducit.

Aliud est exemplum in contractu pignoris vel hypothecæ; si pactum sit interpositum, de pignore non vendendo: quod quidem est duplex. Nam aut quæritur de hoc pacto, *Ne debitori liceat vendere pignus*: aut de altero, *ne creditori*. videamus breviter de utroq;. Si creditor paciscatur, ne debitori liceat vendere pignus vel hypothecam, hujusmodi pactum non valet, secundùm quosdam; eoque non obstante, nihilominùs poterit debitor rem suam vendere. *l.7.si venditor.§ ult. ff.de distr.pign.* legendo ibi, *nullam esse conventionem* vel pactionem. Eaque fuit Baldi sententia. Sed verior lectio est, *nullam esse venditionem*; quomodo in Pisanis Pandectis repertum est, missa illuc legatione ad dirimendam controversiam: proindeq; etiam verior sententia est Bartoli; affirmantis, talem pactionem valere, eiq; standum esse, & consequenter venditionem pignoris vel hypothecæ contra pactum à debitore factam esse nullam. Videatur & Baldus *in Tr. de pign.& hypothec.c.18.* Ant. Augustinus *lib.4.Emend.c.ult.* ubi quatuor loca Bartoli, item Angeli, & Jasonis de hac ipsa controversia mentionem facientia allegat. Atque ex his lucem capit, quod simpliciter scribit Hotomannus *d. Ill. Q.37. paulò post medium in §.Natura hypothecæ*; pactum, ne liceat debitori vendere hypothecam, nullius esse momenti. Videtur autem Hotomannus hac in re à Bartolo, Angelo, & ceteris dissensisse: quamquam controversiam ipsam non attingit: & malè quoque allegat *tit. De pign.* cum sit *l.7.ff.de distr.pign.* Melius hanc quæstionem tractat idem Hotomannus *in commentar. ad titul ff. de distr. pign.* Disputans tamen contra illa verba, *Nullam esse venditionem*, probabiliter con-

concludit denique, videri potiùs legendum, *Nullam esse rationem, ut pacto nisi stetur.* Et hæc de Pacto, Ne liceat debitori vendere pignus vel hypothecam, an tale pactum valeat. Quid autem sentiendum sit de altero pacto, Ne creditori liceat distrahere pignus: sumendum est ex *l.4 ff. de distr. pign.* Summa est, Tale pactum adjectum non obstare, quò minùs possit creditor vendere, debitore non solvente: veruntamen debere trinam denunciationem præcedere, quam faciat creditor debitori cessanti. Videatur Cujacius *ad sent. Paul. 2. tit. 5. §.1. & 13. §. 5. si inter.* & Hotomannus *comm. ad tit. ff. de distr. pign.*

Atque hæc ferè occurrebant jam exempla pactorum, quæ, quia contraria sunt substantiæ contractuum quibus adjiciuntur; vel inutilia sunt omninò: vel si quam vim habent, valent ad aliud & novum negotium constituendum: sive, proficiunt ad novum contractum: ut verbis utar Pauli *in l.27 §.2. vers. idem dicemus. ff. de pact.* Quibus exemplis obiter addo etiam pauca alia.

I. Constat, naturam ultimæ voluntatis hanc esse, ut sit ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum, & ut suprema sive novissima potior habeatur & servanda sit. *l 4. ff. de adim. & transf. leg. l.32. cum hic status §.3. ff. de donat. int. vir. & uxor. l.22. si quis. ff. de leg. 3.* Jam si quis promiserit se nolle ab ea voluntate discedere, quam in præsens declarat, nolle testamentum vel codicillos mutare, quos jam fecit; tale pactum non est obligatorium: quia scil. contra substantiam ultimæ voluntatis est: cuius liber debet esse stylus & licitum arbitrium, quod iterum non redit, ut ait Constantinus Imp. *in l.1 C. de SS. Eccles.* Non esset autem libertas illa styli & arbitrii salva, si quis quod semel voluisset, in eo immutabili tenore persistere cogeretur; si non liceret pœnitere. Poterit igitur quisque, non obstante huiusmodi pacto, mutare testamentum suum, vel alias ultimæ voluntatis species, ut donationem causa mortis, &c. cùm nemo eam sibi possit legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat. *d. l. 22. si quis. in pr. ff. de leg. 3.* Quò possis etiam referre ex parte *l.55. nemo potest. ff. de leg. 1.* ubi Pomponius, *Nemo,* inquit, *potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.* Adeo autem potest quis mutare testamentum vel aliam voluntatem suam; ut quò minùs id faciat, ne quidem jurejurando suo impediatur: etiamsi quis, inquam, juraverit, nolle se ultimam voluntatem suam revocare vel mutare, tamen non obstante hac jurata promissione potest vel aliud facere testamentum, vel ab intestato decedere: & contrà, si quis jurasset, nolle se facere unquam testamentum, sed intestatò mori velle, tamen potest posteà mutatâ voluntate testari sine ullo metu perjurii. *Bartolus, Albericus de Rosate, & alii, ad d. l. 22. si quis. in pr. ff. de leg. 3.* Imola *in c. cum contingat. num 35. De jurejur. Angelus in Tr. de testam. §. Et juravit. & Gul. Benedictus in repet. c. Raynutius. in verb. Testamentum secundum. extr. de testam. quos refert & sequitur Joan. Fichardus consil. Latin. 56. n. 6. & cons. Germ. 71. n. 1.*

II. Constat, Tributa & vectigalia comitari possessores prædiorum, tanquam onera realia. Hoc enim utilius atque expeditius est fisco. *l. 7. Impp. ff. de publ. & vectig. l. 5 §. ult. ff. de cens.* Quicquid igitur inter se fortè pacti fuerint contrahentes, puta venditor cum emptore, is qui permutat prædium cum altero, is

qui in dotem id dat, vel æstimatò vel sine æstimatione: hoc totum non mutat jura vectigalium, neque præjudicat fisco: qui nihilominùs exiget tributum, vel vectigal, vel similes indictiones à possessore. Idque non tantùm ideò quia res inter alios acta aliis non præjudicat, *tit. C. & l. sæpè. de re judic.* verùm etiam, quia pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit: ut ait Papinianus *in l. 42. inter debitorem in fin. ff. de pact.* & fac. *l. 38. eod. tit.* Videatur & *l. 1. & l. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse.* Nec obstat *d. l. 42. ff. de pact. l. 52. Epistola. §. 2. pactum. eod. tit.* Quia posterior lex continet tale pactum, ut creditor possit à debitore repetere, quod tributorum nomine ex prædio pignorato solvisset. Quo pacto nihil præjudicatur fisco, imò huic Jus suum servatur integrum, nempe ut creditor, idemque possessor pignorati prædii solvat inde tributa, sed à debitore repetat. Sed prioris legis pactum, ne videlicet creditor & possessor agnoscat onus tributi, manifestè tendit ad præjudicium fisci. Nihil itaque miri est, pactum *in l. 52.* pronunciari justum & servandum: in l. verò 42. non esse servandum quantum ad fisci rationes, utpote contra formam juris fiscalis.

III. Aliud exemplum sumitur ex materia donationum. Si quis mortis causa donans promittat, se donationem nunquam revocaturum, tale pactum donationi adjectum facit eam transire in aliam speciem, donationis scilicet inter vivos. *l. ubi ita donatur. 27. ubi Bartolus, Jason. & alii Dd* ff. *de donat. caus. mort. & latè per aliquot conclusiones Didac. Covarruvias de Testam. in 2 p. rub. n. 32. cum multis sequentib.*

IV. Videamus etiam exempla quædam pactorum inutilium ex materia matrimoniorum. Si quis uxorem ducat sub hac conditione, *Accipio te in uxorem, si nullos mihi procreaveris liberos;* ista conditio apposita matrimonio, vitiat matrimonium. *c. ult. extr. de cond. appos.* Repugnat enim naturæ & substantiæ vel fini matrimonii, quod liberorum suscipiendorum seu procreandorum causa contrahitur: ut pulchrè ibi Cujacius ex Tacito, & S. Augustino: & latiùs probat B. Brissonius *l. b. 6. de form. P. R. p. 542. ed. Francof.* Sic si quis ita dixerit: *Esto mihi uxor, donec invenero digniorem honoribus & facultatibus meis,* vitiatur matrimonium. *d. c. ultim. & c. solet. 31. q. 2.* Quia matrimonium non contrahitur ante tempus, sed voto perpetuæ & individuæ consuetudinis vitæ: ut est in definitione nuptiarum, & *l. 1. ff. de jur. dot.* Sic si quis ita contrahat matrimonium, *Esto mea, si quæstum feceris, & me alueris tuo corpore. d. c. fin.* & ibi Cujacius, eruditè demonstrans differentias inter conditiones quæ sunt contra bonos mores sive quæ turpes; & inter eas quæ contra substantiam matrimonii: ut illæ non vitient matrimonium, sed habeantur pro non adjectis, & reijciantur; hæ vitient ipsum matrimonium. Deinde differentiam inter matrimonium & alios contractus: ut scil. hi vitientur adjectione turpis vel impossibilis conditionis; illud non item; sicut nec ultimæ voluntates: idque ob favorem & matrimonii & ultimarum voluntatum.

V. Sic ex materia Feudorum sumptum exemplum pacti inutilis est, si inter seniorem & vasallum convenerit, Ne fidelitas præstetur feudi nomine. Hæc enim conventio cùm sit contra ipsam feudi substantiam, quod à fidelitate quoq; nomen

acce-

accepisse volunt, meritò repudiata est: ut *in Partit. Jur. Feud.* dixi, & ab omnibus communiter Feudistis traditur. Sed illa pactio valet, Ne vasallus servitia præstet nomine feudi: itē, ne homagiū. Aliud est enim, remittere servitia, aliud fidelitatē.

VI. Deniq; exemplum pacti inutilis, quia est contra substantiam actus cui apponitur, præbet Monachismus Nam si quis hoc pacto velit ingredi monasterium, & religionem profiteri, ut tamen retineat sibi ac reservet sua bona, hoc pactum nihil valet, sed ingressus manet validus, quasi purè factus: Q a de re latè Jason ad *Auth. ingressi. num. 30. & 37. cum plurib. seqq. C. de SS. Eccles.* ubi diversas hac de re Dd. opiniones refert & examinat, sed hanc gl. firmat ac retinet: quamvis gl. Juris Canonici *in c. 2. & c. cum ad monasterium. de stat. Monach. & in c. fin. de cond. appos.* voluerit, ingressum ipsum per tale pactum vitiari.

Satis jam de pactis contractuum inutilibus. Alia igitur pacta contractibus apposita manent sub regula, ut scil. valeant & forment contractus, atq; actiones ex illis descendentes: sive convenerit, ut PLUS præstetur, sive ut MINUS: ut est in lege nostra. Quæ verba nunc breviter explicabimus exemplis quibusdam, quò meliùs intelligatur, quando & quomodo fiat, ut plus vel minus in singulis contractibus præstetur.

Pacta quibus PLUS convenit, ea dicimus, quibus augetur præstatio vulgaris, quàm aliàs secum ferebat natura contractus; & proinde quibus durior efficitur conditio debitoris, quàm aliàs futura fuisset, si nullum tale pactum intervenisset. V.G. In deposito non tenetur depositarius, nisi de dolo & lata culpa: ut suprà *de deposito* probavimus. Sed si pacto se obstrinxerit etiā ad culpam præstandā, rata erit conventio, & jam arctiùs, & ad plus obligabitur depositarius, quàm si nō fuisset pactus. *l. 1. § 6. si convenit. ff. depos.* ex cuius §. illis verbis: *Contractus legem ex conventione accipiunt*, sumpta est regula Juris Pontificii. *c. contractus. 85. de R. J. in 6.* Similiter si nominatim convenerit, ut res deposita, vel nummi, periculo essent eius apud quē deponuntur: etiā de casibus fortuitis tenebitur depositarius. *l. 5 § 2. vers. aut si hoc ab initio convenerit. ff. commod. l. 7. §. 15. sed et si quis. vers. Item si quis pactus. ff. de pactis. l. 39. Et Aristoni. ff. Mandati. l. 1. C. Depositi. & d. l. 1. §. 35. sæpè. ff. Depositi.* ubi simul notanda est differentia inter eum qui pacto in se recepit casuum fortuitorum præstationē, & inter eum, qui tantum obtulit se deposito. Ille de casibus fortuitis tenetur; hic verò non tenetur, quamvis alioqui periculo custodiæ se illigarit. Quod aūt dixi de casib. fortuitis, id generale est in omnibus contractibus b. fidei: ut quamvis regulariter non sint præstandi. *l. 6. quæ fortuitis. C. de pign. act.* tamen aliud sit, si quis pacto in se susceperit periculum amissionis & fortunam futuri damni & vis majoris. *d. l. 6.* ubi hoc de pignore dicitur. *l. 1. C. de commodato*, ubi idem dicitur de commodato. *l. 6. Pomponius. ff. de pact. dotal.* ubi valet pactum, ut dos sit periculo uxoris, quæ erat aliàs futura periculo viri, quia scil. æstimata. Sic de locatione idem dicitur *in l. 9. si quis domum. §. 2. Julianus.* (aliàs incipit ibi nova l. *si quis fundū*) *ff. locati.* Standū esse pacto, si quis locaverit fundū, ut hoc etiā præstaretur à cōductore locatori, quod vi maiori accidisset. Videatur etiam *l. 13. si quæritur. §. 5. si gemma. ff. eod. tit.* ubi potest quis in se recipere periculum fractura in gem-

gemma quæ includenda vel insculpenda datur artifici. Idem de mandato dicitur *in d.l.39. Et Aristoni. ff. Mandati.* ubi potest ea conditione mandatum suscipi, ut periculo sit eius, qui mandatum suscepit. Sic de Emptione venditione dicitur *in l.1.in pr ff. de per. & com. rei vend.* posse venditorem se periculo subijcere conventione seu pactione sua. Sic de negotiorum gestione dicitur *in l.22. negotium. C. de neg.gest.* posse intervenire speciale pactum de præstando casu fortuito.

Videamus & alia exempla pactorum, quibus convenit de plus præstando. Huius generis est pactum, quod facit is qui ex natura contractus ad minus tenetur, ut durius obligetur: v. g. qui è dolo tantùm & lata culpa (qualis est depositarius, qualis ille qui precariò rogavit) ut de levi etiam & levissima culpa teneatur. Item qui tenetur de levi, ut etiam de levissima teneatur, & de custodia. *l.5. naturalis. § pen ff. de præscr. verb.* ubi de mandato dicitur fieri posse, ut naturam suam excedat: puta ut mandatarius custodiam quoque præstet. Tale est etiam pactum ut præstentur usuræ: qua obligatione usurarum augeri principalem obligationem manifestum est: quod pactum non solùm in bonæ fidei, sed etiam stricti iuris contractibus apponi potest: ut constat ex *l.3. C. de usur.* & ex *l.5. initio. C. de pact. inter empt. & vend. compos. l.26. Publ a. §.1. ff. de pos.* Sed hoc interest, quod ex pacto bonæ fidei contractui initio adjecto de præstandis usuris nascitur actio, qua peti possunt usuræ *d.l.5. C. de pact. inter empt.* Ex pacto in strictis contractibus apposito, ut in mutuo, sive pecunia fenebri, non nascitur actio ad petendum usuras: quamvis solutæ non possint repeti per condictionem indebiti, neque in sortem imputari. *d.l 3 C. de usur.* Naturaliter enim debentur. *l.5. § 2. In p. ff. de solut.* Diversum est in mutuo fructuum, ut frumenti, vini, olei, &c. Nam hic licet strictus sit contractus, tamen ex pacto debentur usuræ. *l.12 frumenti. & l.23 oleo. C. de usur.* Ratio diversitatis; cur, inquam, hic aliud sit receptum quàm in mutuo nummorum; est incertitudo fructuum: quia facilè horum æstimatio augeri minuivè potest, pro diversitate locorum & temporum. *arg. l.3. ff. de eo quod certo loco & §. si quis agens. vers. quæ utilitas. Inst. de Actionibus.* Sed pecuniæ certior est æstimatio, & ferè ubique una & eadem potestas. *d.l 3.l.1. in pr. ff de cont. empt.* facit etiam *l. pretia rerum 63. ff. ad l. Falcid.* Sic plus convenit inter contrahentes, si venditor pacto se obligaverit ad cautionem de evictione præstandam datis fidejussoribus. *l. 3 si duo patroni. §.3. ff. de jureiu. l.1. §.1 ff. de præt. stip. l.11. ex empto. §. idem Neratius & §. Cassius ff. de act. empt. l.4. in pr. l.37. emptori. & l.56. si dictum fuerit. in pr. ff. de evict.* cùm aliàs tantùm nuda ex hoc nomine præstet cautionem, sive repromissa duntaxat.

Aliud exemplum, ubi plus convenit, est, si inter contrahentes, puta emptorem & venditorem, placuerit, ut contractus non priùs habeatur pro perfecto, quàm in scriptum fuerit redactus. Hoc enim pactum valet, nec aliter perfectus erit contractus, quàm absolutum sit instrumentum de eodem. *l. 16. contractus. C. de fid. instr. init. tit. Instit. de empt. & vend.* cùm aliàs etiam sine scriptura valeret quod actum est, dummodò aliter de eo constet vel probetur. *l.4 ff. de fid instrum. l.4. ff. de pign. tit. Inst. de oblig. quæ ex consens. ibi, quia neque scripturà opus est. l. 17.*

pactum.

pactum.C.de pact.l.12,non ideò.C.fam.ercisc.l.9.si vicinis.C. de nupt. l. 31. donationes.in pr.ff.de donat.

Aliud exemplum præbet lex Commodato adjecta. Nam si quis temporalis ministerii causa utendum det servum vel ancillam vel jumentum, hoc est, præfinito certo tempore: quo elapso cogatur restituere commodatarius, hoc pactũ valet, & potest commodans rem repetere eo tempore elapso, sive satis usus fuerit commodatarius, sive nondum expleverit usum. *l 2.Cod.de commod.* cùm alioquin non possit repeti commodatum intempestivè & ante finitum eius usum. *leg.17.in commodato.§ sicut.ff.commodat.*

Aliud exemplum est in donatione, si donator promiserit stipulanti donatario evictionem. Tunc enim re evicta tenetur; cùm aliâs non teneretur. *l.2.Cod.de evict.Paul.5.sent.tit.11.§.5.Invitus.* ubi pro *Si promiserit*, leg. *nisi promiserit.* & intelligenda promissio stipulanti facta. Sed hoc exemplum non satis benè quadrat. Hic enim non est nudum pactum, (quod disertè scribit Imperator non sufficere ad actionem evictionis nomine donatario dandam.) Sed stipulatio intervenit.

Nunc videamus de Pactis, quibus convenit, ut minus præstetur. Ea sunt, quæ aliquid detrahunt, ut loquitur Papinianus *in l.72.pacta conventa.ff.de contr.empt:* sive quibus minuitur præstatio usitata cuiusq; contractus; & efficitur, ut levior & facilior sit obligatio debitoris, quæ sine tali pacto fuisset gravior & durior. Patebit hoc in exemplis: quorum I. esto, si convenerit, ne cautio duplæ præstetur ob evictionem, ac ut ne quidem repromittatur: quod est superiori pacto, ut sc. ob evictionem detur fidejussor sive secundus auctor, è diametro contrarium *l.72.pacta. ff.de contr.empt.*

II. Exemplum præbet idem contractus emptionis venditionis: in quo cùm aliâs receptum sit, ut vitia rei venditæ præstentur, vel ob ea redhibitio fiat. *tot.tit. ff.de Ædil edicto,& redhib.* potest inter contrahentes convenire, ne fiat redhibitio, & ne quicquam hoc nomine præstetur à venditore. *l.31 pacisci. ff. de pact.* ubi Ulpianus ait, Omninò licere pacisci contra edictum ædilium. Idemque confirmat etiam *l.14 quæritur.§.pen.si venditor.ff.de ædil.ed.* Dices, Imò non licet, quia videtur pactum fieri contra Jus publicum, cui pacta privatorũ derogare non possunt. *l 38 eod.tit.* Resp. Pactum hic non interponitur de jure publico, sive de iis quæ ad publicam læsionem respiciunt, sed tantùm de re familiari: quæ est distinctio Labeonis, probata ab Ulpiano *in l.7 §.13.si paciscar.ff de pact.* Pacta autem de re cuiusq; familiari & privata, quibus quis sui juris persecutionem deteriorem constituit, vel jus suum remittit, valere, & renunciantibus actiones suas non esse dandum regressum; non est dubium. *l.46 pactum in fi.ff.de pact l pen.C.eod.l.41.si judex.ff.de min.d.l.14.quæritur.§ pen. ff.de æd.ed.* Notandum ex *eadem l. 31. ff. de pact.* Quod Ulpianus non distinguit inter pactum tale, sitnè initio sive in ipso negotio venditionis gerendo interpositum; an postea. Sed tamen hoc interest; quòd pactum ab initio interpositum valet ad actionem, posteà verò sive ex intervallo, tantùm ad exceptionem proficit.

III. Exemplum præbet contractus Dotis. Valet.n.pactũ, ut maritus de periculo dotis æstimatæ nõ teneatur, sed dos sit periculo mulieris, quæ aliâs sine pacto esset periculo mariti. *l.6.Pomponius.ff.de pact.dotal.*

IV. Exemplum sumitur ex contractu commodati. Valet pactum, ut commodatarius tantùm de dolo teneatur. *l.5.§.10. interdum.ff. commod.* cùm aliàs etiã levissimam culpam præstare deberet, ut est *in ead.l.§.2. in fin.* & exposui supra *sub capite De Commodato.* Et similiter in quolibet contractu potest convenire, ut minus præstetur: v.g. ut ubi regulariter levissima quoque culpa præstaretur, tantùm levis, vel etiam dolus duntaxat præstetur. Ubique enim valet regula: Contractus ex conventione legem accipere: &, conventioni standum esse: &, pacta quæ placuerunt esse custodienda: &, fidem non esse frangendam. *l.1.§.si convenit.ff.depos.c.contractus.de R.J.in 6.l.1.ff.de pact.l.1.ff.de const.pec.l.20.non minorem.C.de transf.Simplicius in comm ad Enchir. Epict.* Hic tamen notanda est exceptio, quã & Accursius tradidit, nempe, In dotis datione non valere pactum, ut maritus eam accipiens de dolo solummodò teneatur. *d.l.6.in pr.ff.de pact.dot.* Ratio exceptionis est, quia tali pacto deterior fieret conditio dotis. Talia autem pacta reijciuntur. *l.2.l.4.l.14 de die.cum 4.ll.seqq.ff.de pact.dot.l.27.si unus.§.2.in fi ff.de pact.* Repugnant enim favori dotis, & consequenter etiam utilitati publicæ, *argu.l.2.ff.de jur.dot.& l.1.ff.sol.matr.*

V. Exemplum est ex Mutuo & aliis contractibus sumptum. In mutuo, item in emptione valet conventio, ut liceat particulatim quoq; exsolvere quod acceptũ est, vel debetur. *l.lecta.40.ff.de reb.cred.* Alioquin ita jus est, ut pecunia reddi debeat semel & una pensione, sicut etiam una vice data est, non autem per partes: Quia particularis solutio non minima habet incommoda. *l.41.tutor.§.1.ff.de usur. l.3.planè ff.fam.ercisc.* qua de re tractatur ad *l.21.quidam existimaverunt.ff. de reb. cred.* fac.etiam *l.13.Julianus.§.offerr..ff de act.empt.*

VI. In fidejubendo si convenerit, ut fidejussores non singuli in solidum teneantur, sed quisque pro parte tantùm conveniatur, sive ut actio inter eos dividatur; valet pactum: nec nisi in viriles partes singuli poterunt conveniri: cùm nec plus debeant ab initio. *arg.l.51.inter in pr.ff de fid.juss.* Dices, atqui etiamsi nihil convenerit, tamen unus ex pluribus fidejussoribus conventus, potest petere, ut actio inter confidejussores dividatur, ex epistola D. Hadriani, de qua notum est ex *Inst.§.si plures.tit.de fidejuss.* Resp. Multum interest. Nam ex epistola D. Hadriani tutus est fidejussor unus ex pluribus tantùm ope exceptionis: & tunc demùm, si & cæteri sint solvendo. Sed si quis inter fidejubendum pactus sit, is ipso jure tutus est, & quidem etiamsi cæteri confidejussores non sint solvendo. Omninò, inquam, & indistinctè in ipsum tantùm pro parte virili dabitur actio.

VII. Exemplum est *in l.27.si servus servum.§.29.si calicem.ff ad L. Aquil.* Ubi valet pactum locationi adjectum, quo convenit inter artificem & eum, qui materiam ipsi elaborandam dat, Ne artifex suo periculo faciat. Quæ res tollit actionem ex locato & Aquiliæ.

Ex his ergò satis jam intelligitur, quæ vis sit pactorum contractib. incontinenti adjectorũ, sive per ea quid adjectum fuerit, sive quid detractum: sive, inquam, cõvenerit ut plus præstetur, sive ut minus. Nempe hanc vim esse, ut forment contractum: ut legem illi dent: ut insint contractui: ut pars sint contractus: denique ut actionem producant ad id quoque præstandum, quod pacto comprehensum est, non minùs quàm si ipso contractu contineretur.

Hac

Hac occasione jam exoritur quæstio de genere actionis, Quænam ergò detur actio ex pacto contractui initiò adjecto, sive ut vulgò loquuntur, per cohærentiam contractus vestito? annè actio eadem, quæ competit ex ipso contractu per se, quando nullum adijcitur pactum, an verò alia detur actio, puta præscriptis verbis. Antiqua hæc est controversia inter Dd. agitata: quorũ alii, ut Accursius & pleriq; eius sequaces, cõtenderunt; Ex pacto tali adjecto contractui in continenti nõ nasci actionem illam quam produceret alioquin ipsa obligatio contractus: sed actionẽ præscriptis verbis competere ad implendum id, quod pacto convenit. Alii contrà negant hìc dari præscriptis verbis actionem, sed potius illam ipsam, quæ ex contractu alioqui nasceretur. In qua sententia est etiam Alciatus *lib. 5. paradox. cap. 1.* Quæ quidem sententia XII. non contemnendis rationibus propugnari potest: quas profert & examinat Berengarius Fernandus Tolosanus *in comm. ad l. pacta conventa. de contr. empt.* Alii denique, ut Duarenus, mediæ cuiusdam opinionis fuerunt. Nam utramq; dant actionem, & ex contractu orientem, & præscriptis verbis: quarũ hanc per illam negant excludi. Nimis longum foret, si hoc loco vellem utriusq; partis, vel etiam tertiæ fundamenta repetere. Hæc igitur videri poterũt apud diligentissimum illum & subtilissimum commentatorem Berengarium, qui in Oscensi Academia Hispaniæ ante annos 70. floruit. Eius enim librum à me correctum & illustratum brevi in publico exponent Bibliopolæ. Illud non dissimulo; me hanc rem, quæ in foro exiguum, nec dicam nullum habet usum, indecisam relinquere in medio: ut quam quisque voluerit sententiam disputando tueri possit: quamque clarissimus collega meus D Scipio Gentilis *in prælect. ad l. 7. §. quinimò. ff. de pact.* sententiam Alciati prætulit cæteris.

Absoluta priore regula de pactis contractui in continenti adjectis, & viso eorum effectu, restat ut etiam de pactis EX INTERVALLO factis pauca exponamus: de quibus erat altera nostra regula: nempe, *Pacta ex intervallo facta non parere actionem, sed tantùm exceptionem.* Cuius rationem jam suprà indicavi, Quia talia pacta non sunt pars contractus, sed planè ab eo separata, ac nuda, ac per se consistentia. Ergò si hìc quoq; daremus ex iis actionem, committeremus contra regulam Juris, *Ex pacto nudo non datur actio.* Etsi enim talia quoq; pacta, quæ ex intervallo fiunt, habent in se consensum: tamen non quivis consensus sufficit ad producendam actionem. Valent tamen eiusmodi pacta ad exceptionem: quia faciliùs damus exceptionem quàm actionem: cùm exceptiones sint arma reorum, ad se contra actoris impetitionẽ defendendũ cõparata: Actiones aũ sint arma sive tela actorũ ad impetendũ pulsandumq; Reũ: ut sæpè *pulsare* pro *judicio convenire* in legibus, præsertim Impp. positũ invenitur. Jã v. favorabiliores Rei potius quã Actores habentur: sicut etiã defensionis maior est in jure favor, quã offensionis. In summa, cui datur actio, eidẽ etiã exceptio: sed nõ cõtrà, quisquis exceptionẽ habet, eidẽ & actio competit. Excipitur vix una & altera exceptio, quæ in modũ querelæ sive actionis proponi potest: ut exceptio nõ num. pecuniæ, nõ num. dotis, & si quæ similes sunt: de quibus alibi pleniùs dicendi locus est magis oportunus ac proprius.

In præsentiarum potiùs videamus paulò distinctius de pactis ex intervallo factis. Quædam enim illorum sunt *de substantia,* quædam *de adminiculis* contra-

ctus præcedentis. Quid sit *substantia contractus*, quid *adminicula*; repetendum est ex supra traditis *inter Evidentialia seu prælim.naria huius cap. de pactis.* Ut priùs dicam de pactis ex intervallo adjectis contractui de eiusdem SUBSTANTIA; eorum duplex est vis in contractu qui consensu constat. Nam aut ipsum contractũ tollũt, & quidem ipso jure, rebus integris vel redintegratis: aut sublato priore cõtractu, eiusvè parte aliqua, constituunt novum. V.g. Convenit inter me & te, ut domus mea esset tibi empta mille florenis. Deinde ex intervallo re integra, id est, antequã vel tu mihi pretiũ numerasses, vel ego tibi domũ tradidissem, aut etiã postquã & ego tibi pretiũ numeratũ, & tu mihi domũ quam tradiderã restituisses, placuit inter nos, ut domus esset inempta. Per hoc pactum prior contractus venditionis, & obligatio atq; actio inde nata, tollitur ipso jure: & tu atq; ego contraria ista voluntate ab invicẽ liberamur. §.*ult. I. Quib.mod.toll.obl.l.7.§ adeò, & l.58.ab emptione. ff.de pact.l.5.cum emptor.§.1.ff.de resc.vend.l.1.& 2. C.quan.lic.ab empt.discedere.* Exempla similia peti possunt ex contractu Locationis-conductionis, Societatis & Mandati: qui omnes solo consensu contrahuntur: ut notũ est ex *Inst.* & *l.2.ff.de obl. & act.* Quæritur, quid si in emptione-venditione datæ sint arrhæ, (quod argumẽtum emptionis & venditionis contractæ dicit esse Imp. *init.tit.Instit.de empt. & vendit.*) an hoc etiã casu res integra dici possit, ut liceat scil. consensu discedere ab emptione? Omninò hoc dicendum est cum Ulpiano *in l.11. ex empto. §. is qui vina.ff.de act.empt.* & cum Impp. *in l.2.C.quan.lic.ab.empt.disced.* Quæ autem tunc ad repetendum arrhas rescisso contractu dentur actiones, petendum ex *d.l. 11. § is qui.* videatur *l.3 ff.de resc.vend.* & *l.in omnib.ff.de solut.* Ratio supradictæ regulæ sumitur ex vulg. reg. Jur. *Nihil tam naturale est, quàm unumquodq; eo modo solvi quo ligatum est, l.35.ff.h.t.l.80 prout.ff.de solut.* Cum itaq; emptio-venditio, aliiq; similes contractus consensu contrahantur; non est mirum, quòd dissensu contrario, sive contrariæ voluntatis adminiculo, ut Gordianus Imp. ait, distrahantur: & quidem ipso jure, h.e. ita ut nõ opus sit opposita exceptione, quæ tunc demũ habet locum, quando superest actio, quã elidere vel excludere possit exceptio. Est.n. omnis exceptio actionis exclusio. *l.2.ff de except.* ubi ergo non est ulla actio, non est etiam exceptio: cùm privatio præsupponat habitũ. Atq; ita patet, quomodo pactum ex intervallo factum planè tollat priorem contractum & obligationem ex eo.

Aliquando aũt fit, ut non in totũ recedatur à contractu priore, & is totus tollatur; sed tantùm ex parte. V.G pacto recedi potest ab emptione in parte eius, puta fundi tertia, quarta vel dimidia: quasi alterius partis vel reliquarũ emptio fuisset repetita ac renovata. Nam si in totum potest abiri à contractu; quidni etiam pars eius possit reformari? Si tota res tolli potest, quidni etiam possit pro parte reformari? Si tota emptio dissolvi potest, ergo & pars eius. Videatur hac de re pulchrè disserens Ulpianus *in l.7.§.6.adeò ff.de pact.* ubi hoc & Pomponii & Juliani auctoritate confirmat. Facit eodem & vulgata illa sentẽtia: *Quod est juris de toto quoad totum, idem est juris de parte quoad partem.l 75 quæ de tota. & ibi Bart.ff.de rei vind.* Nec interest, sive pactum illud, ut pars rei sit inempta, factum sit cum uno emptore, sive cum aliquo ex pluribus heredibus emptoris. Nam & hic pro parte dissolvitur emptio, pro parte manet. *dict. §. adeò. versicul. sed cum duo.*

Hæc

Hæc ita sunt in contractibus, qui consensu fiunt; ut, inquam, re integrâ sive nondum secutâ, vel quod idem est redintegratâ, possint vel in totum vel pro parte dissensu contrario dissolvi sive tolli: & quidem ipso jure tolli. Aliud est dicendum de contractibus qui non solo consensu fiunt; sed re, verbis, aut literis. Tales contractus nudo pacto non tolluntur ipso jure, sed ope duntaxat Exceptionis. *§. præterea debitor. I. de Except.* Ut ipso jure hic tolli possit obligatio aliis opus est remediis: De quibus explicatur *tit. Inst. Quib. mod. toll. oblig.*

Sequitur videre, quomodo pacto de substantia contractus bonæ fidei ex intervallo secuto non tantum vetus contractus tollatur; sed etiam alius novus constituatur. Et si quidem à toto vetere contractu recessum fuerit rebus integris, v.g. si convenerit, ut fundus qui emptus ducentis aureis esset inemptus: & mox placuerit, imò ut domus esset empta quingentis aureis: hoc casu res nullam recipit dubitationem, quin prior emptio fuerit sublata penitus, & nova contracta: Quia & res & pretium hic est à priore planè diversum. Sed si convenerit de parte, v.g. ut esset pro media parte emptus centum vel ut totus fundus esset emptus centum & quinquaginta; hic res non æquè est expedita: sitné dicendus novus contractus in locum sublati veteris substitutus, an verò sit idem contractus, sed reformatus ac renovatus? Certè inter Paulum & Ulpianum sicut aliarum rerum fuit sæpè non levis dissensio, (quamvis collegæ fuerint in officio Adsessuræ apud splẽdidissimum Papinianum, quod notatur *in l. lecta. ff. de reb. cred.*) ita etiam circa hanc quæstionem dissentientes eorum fuisse opiniones observare licet ex collatione *l. 72. pacta. vers. Paulus notat. ff. de contr. empt.* cum *d. l. 7. §. adeò. ff. de pact.* Nam Paulus quidem scribit, videri hic recessum à priori contractu, & novam emptionem intercessisse, quando convenit rebus integris de pretio augendo vel minuendo. Idem puto dici posse, etiamsi & res empta fuerit aucta vel minuta: cùm sit eadem ratio. Nam æquè res ad substantiam emptionis pertinet, atq; pretium. Et cum Paulo sensit etiam Pomponius: ut videre est *in l. 2. ff. de resc. vend.* ubi ait: discessum esse à priori emptione, eamq; infectam esse redditam per talem conventionem, ut res, quam semel à te emi certo pretio, pluris vel minoris empta esset: & ita consistere hic posteriorem emptionem, quasi nulla præcessisset. Ulpianus verò non dicit, hic novum fieri contractum sublato veteri, aut novam intercessisse emptionem, sed priorem potiùs reformatum esse: & videri quadammodò quasi renovatum: idq; non insubtiliter dici posse. Ex quibus verbis *d. §. adeò.* satis apparet, quàm cautè adeoq; timidè etiam de hac re Ulpianus loquatur. Videtur autem eò respexisse, Quod non possit dici planè novum id, cujus eadem manet materia, licet ei aliquid vel decesserit, vel accesserit, *arg. l. 76. proponebatur. ff. de judic.* ubi Alfenus elegantibus aliquot exemplis probat, partibus licet commutatis, non tamen aliam rem fieri, sed eandem remanere. Quæret quispiam, Quid ergo interest, utrum hoc, an illud dixerimus? An, inquam, vetere contractu sublato ponamus novum intercessisse: an mansisse veterem, sed reformatum seu renovatum esse? Non parum certè refert utrùm statuamus: quod demonstrat Jason post alios, quos allegat *ad d. §. adeò.* & Cynus *in l. 12. pacta novissima Cod. de pact.*

Dixi de pactis ex intervallo super substantia contractus. Restat ut dicamus de vi pactorum quæ fiunt ex intervallo super ADMINICULIS CONTRACTUUM quæ vulgò vel *naturalia* vel etiam *accidentalia contractuum* vocant Interpretes, ut supra *in Evidentialibus hujus cap.* monui. Regula esto: *Pacta de adminiculis contractuum ex intervallo, sive posteaquam contractus erat absolutus, adjecta, siquidem talia sint, ut detrahant aliquid contractui continentur contractu: Sin autem aliquid adjiciant, non insunt; nempe ut valeant ad actionem: veruntamen vires habent jure exceptionis:* ut loquitur Papinianus *in leg. 72. ff. de cont. empt.* In ea enim lege est fundus huic regulæ, & ex eadem petenda sunt exempla adminiculorum contractus: adhibito post alios Interpretes etiam Berengario Fernando, & Cujacio *in comm. ad Papin. libr. 10. Quæstionum.* Nolo enim huic rei nimis diu immorari. Videri etiam potest Constantinus Harmenopulus. *lib. 6. tit. De divers. reg. jur.*

Ad extremum observetur ratio, cur pactum contractui adjectum toties dicatur à JCtis *Lex contractus*, v. g. *Lex Locationis*, *Lex pignoris*, *Lex dotis*, *Lex emptionis*, *Lex depositi*, *&c.* quæ loquendi formulæ passim in Pandectarum & Codicis lectione occurrunt. Rationem nominis didici ex Marc. Anton. Delrio *cap. 19. ad h. l. in princ.* Quia scil. apud veteres pleræque conventiones legis instar, imperandi modo concipi solebant: ut apud Catonem *De re rustic.* Varronem item, & Ciceronem *in Verrinis* observare licet. Non tantùm autem à modo loquendi hoc fluxisse videtur, ut pacta dicantur leges contractuum: sed etiam ab effectu, quem cum legibus habent communem. Nam ut leges dant formam negotiis hominum. *l. 7. Leges & Constit. C. de LL.* ita etiam pacta. Nam & leges ipsæ sunt nihil aliud quam pacta quædam & communis sponsio reip. *l. 2. ff. de LL.*

CAPUT XVII.

DE PACTO NE DOLUS IN BONÆ fidei contractibus præstetur.

CApite præcedente diximus de quibusdam pactis contractui adjectis, quę non dant legem sive formam contractibus, sed inutilia sunt & nullius momenti. Tale est etiam pactum de dolo non præstando: quod sub hoc capite explicabimus. Ait Ulpianus: *Excepto eo, quod Celsus ait, non valere, si convenerit, ne dolus præstetur. Hoc enim bonæ fidei judio contrarium est. Et ita utimur.* Quæ verba primùm singulatim explicabo: tùm de re ipsa videbimus, & quid objici possit, quomodo sit refellendum.

Exceptio eo.) hoc aliàs JCti solent ita efferre: *Extra quàm, præterquàm, nisi &c.* de quibus formulis exceptionum dixi *ad Inst. tit De except.*

Quod Celsus ait.) Celsus in ff. sæpè laudatur ab aliis JCtis. Fuerunt autem duo Celsi, pater & filius, ut etiam ex *l. 2. in fi. ff. de orig. jur.* didicimus: Quorum ille,

ille, Juventius Celsus, in consilio fuit Duceni Veri Consulis: hic, Julius Celsus dicebatur, & ex consiliariis Adriani Imperatoris fuit, teste Spartiano: iterùm etiam cos. teste Pomponio. Idemq; & Celsus adolescens nominatur in *l. 91. si servum. §. 3. sequitur. ff. de verb. oblig.* Nam sicut Nerva filius admodum juvenis de jure publicè responsitare cœpit, cùm esset 17. annos natus, ut est in *l. 1. §. 3. initium. ff. de postul.* ita & hujus Celsi ingenium maturè effloruisse accepimus. Scripsit autem undequadraginta libros Digestorum, ut constat ex Indice P. Fl. præfixo. Laudat autem patrem suum filius in *l. 29. pater meus referebat ff. de leg. 2.* Ejus nobile apophtegma fuit, referente Paulò, *In quæstionibus de bono & æquo sæpè sub auctoritate juris scientiæ perniciosè errari. d. l. 91. §. 3. ff. de V. O.* Idem etiam peculii definitionem Q. Tuberonis conservavit nobis, teste Ulpiano *in l. 5.* & ipso Celso, *in l. 6. ff. de pecul.* Idem etiam *in l. 79. si chorus. §. 1. ff. de leg. 3.* conservavit nobis prudens dictum senum rusticorum, quos sæpè dicentes audierit Proculus, *pecuniam sine peculio fragilem esse*; id est, bonum patremfam. debere præsidii causa aliquos numos seponere, ne omnia in quotidianos usus eroget, sed aliquid comparcat: Das Er nicht allein einen zehr/ sondern auch einen noht unnd ehrenpfenning habe/ ut Germani eleganter dicunt. Hæc obiter de historia & προσωπογραφίᾳ istius Celsi: cujus magnam fuisse auctoritatem apud alios Jurisconsultos, vel hic locus satis arguit. Habuerunt autem hunc morem frequentissimum JCti, ut posteriores priorum testimoniis suas confirmarent sententias & opiniones. Cujus rei sexcenta ex P. exempla proferri possent.

Sequitur ipsa regula, quæ ad priorem sententiam relata, est ejus exceptio: *Non valere pactum, si convenerit, ne dolus præstetur.* Intelligendus est autem dolus non præteritus, sed futurus: sive, quem paciscens demum post pactum commissurus est, non quem anteà jam admiserat. Ratio infrà intelligetur.

Sequitur in verbis Ulpiani: *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est.* Quibus verbis ratio continetur. Nam cùm in bonæ fidei contractibus & judiciis exuberet bona fides. *l. 3. C. pro soc.* Et in hujusmodi contractibus maximè exigatur. *l. 5. si dolus. C. de resc. vend.* Vnde etiam nomen acceperunt, ut est apud Ciceronem *lib. 3. offic.* & explicatur *ad §. in bonæ fidei. I. de act.* Non debet contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahi. *l. pen. C. depositi.* Hoc autem fieret, si tale pactum de dolo non præstando admitteremus & toleraremus. Sicut igitur pacta, quæ contra substantiam contractus adjiciuntur, ipsum contractum evertunt & annihilant, ut suprà dictum *cap. præced.* Ita etiam istud pactum: quia naturæ contractuum bonæ fidei contrarium est. Sunt tamen & aliæ rationes, quare hujusmodi pacta non valeant, de quibus infra. Ex his autem Vlpiani verbis datur intelligi, hic tantum de bonæ fidei contractibus agi: quod etiam superiora exempla confirmant. Bonæ fidei igitur contractus vitiantur adjectione pacti de dolo non præstando, & ipso jure nulli sunt. Stricti verò juris contractus, quamvis tali adjecto pacto, tamen valent ipso jure. Ad infirmandam ergo actionem inde ortam opus est exceptione. *arg. l. 36. si quis cum aliter. ff. de V. O. l. pen. C. de inut.*

stip.

stip. Quæ est notabilis differentia contractuum bonæ fidei à contractibus stricti juris. Videatur & *l. 7. & eleganter. §. 3. ff. de dol. mal.* & *l. 3 §. ult. ff. pro soc.* & *l. 1. Cod. de resc. vend.* Eandemq; notarunt etiam Contius, & Delrio *hic.* Ratio differentiç est, Quia etsi etiam in strictis judiciis valere debet æquitas, *arg. l. 8. placuit. de judic.* tamen aliud est æquitas, sive jus & justitia, aliud est bona fides. Hęc enim plus quiddam est quam æquitas & justitia. Estq; bona fides, copiosa, exuberans, atq; superabundans quædam æquitas; ut cum A. Contio *hic* loquar. Et hæc in bonæ fidei contractibus ac judiciis dominatur & attendi debet: non sic in strictis.

Tandem additur in verbis Vlpiani: *Et ita utimur.*) Significare vult hoc jus usu receptum esse. Alibi pleniùs dicere solent & Vlpianus & alii, *Hoc jure utimur.* Videatur *l. 27. hoc jure utimur. ff. de evict.* & *l. 29. hoc jure utimur. in princ. ff. de donat. l. 3. hoc jure utimur.* ff. *de aq. quot. & æstiv. l. 10. hoc jure utimur. ff. de V. O. l. 86. hoc jure utimur. ff. de solut.* & *l. 195. hoc jure utimur. ff. h. t. de R. J.* Admonemur hac formula, Illi maximè juri & nos operam dare debere, quod in usu sit; sive, ut alibi Justinianus loquitur, quod in ipsis obtineat rerum argumentis, ut est *in proœm. Inst.* & *in fin. tit. de satisd.* Etsi enim etiam jus antiquum suam habet utilitatem: ut indicat Imp. *in §. 2. I. de legat.* & ibi explicatur à D D. tamen non nimium in illo immorari debemus, sed potiùs ad jus quo utimur subinde respicere ac festinare; memores illius, quod ait Plinius *lib. 8. ep. 14. ad Aristonem. Quotus quisq; est tàm patiens, ut velit discere, quod in usu non sit habiturus?*

His ita adverba Vlpiani, breviter annotatis, rem ipsam paulò pleniùs excutiamus. Regula igitur hæc esto: *Etsi magna vis est pactorum in contractibus, quæ legem illis dare & contractum formare perhibentur: Tamen expressum pactum, ne dolus futurus præstetur in contractu bonæ fidei, non valet, sed irritum est, & nullius momenti.* Confirmemus hanc sententiam & aliis legibus. Sic igitur & Paulus ait *in l. 27. si unus. §. 3. ff. de pact. Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur.* Idemq; Paulus in specie de commodato hoc affirmat *in l. 17. in princ. ff. commod. In commodato hæc pactio, Ne dolus præstetur rata non est.* Et similiter Vlpianus *in l. 1. §. 7. illud. ff. depos. Illud non probabis, Dolum non esse præstandum. Nam hæc conventio contra bonam fidem, contraq; bonos mores est: & ideo nec sequenda est.* Ratio dubitandi esse videbatur: quia qui adversario suo pacto remittit necessitatem præstandi doli, is suo juri renuntiat: hoc enim cuilibet est liberum. *l. pen. C. de pact. cum simil.* Ergo hoc pactum valere videbatur. Sed respondetur: Potest quidem quisq; suo juri renuntiare; verum tamen ita nequid de jure publico detrahat: ne quid contra substantiam & naturam contractus conveniat: nevè quid contra bonos mores admittat, sive occasionem & irritamenta præbeat ad delinquendum: Id autem faceret, qui paciscitur, ne dolus præstetur.

Satis vel nunc jam hinc intelligitur ratio hujus regulæ: tùm quia hujusmodi pactum sit contrarium bonæ fidei judicio; ut *hic*: tùm quia sit contra bonos mores, ut *d. l. 1. §. 7. illud. ff. depos.* tùm quia invitet ad delinquendum *l. 5. illud convenire. §. 1. ff. de pact. dot.* tùm deniq; quia afferat contemptum legum; sive, ne jus civile

civile

civile impugnetur. *d. l. 5.* Et has quatuor rationes etiam affert Constant. Harmenopolus, ex eoq; recitat & probat etiam Ant. Contius *hic.* Cùmq; eędem rationes militent etiam in pacto *ne agatur furti, ne Rerum amotarum, ne injuriarum, ne de moribus agatur, ne ob res donatas, ne experiatur quis interdicto unde vi &c.* meritò etiam tale pactum à jure reprobatum est. *d. l. 27. §. 4. pacta quæ turpem. ff. de pact. & d. l. 5. illud convenire. in pr. & §. 1. ff. de pact. dot.* In qua lege per *Jus Civile* intelligitur prohibitio illa donationis inter conjuges, quàm Ulpianus *in l. 1. ff. de don. int. vir. & ux.* scribit moribus esse receptam. Quomodo & alia alibi dicuntur esse moribus recepta, quæ constat esse juris civilis. *l. 8. ff. de his qui sui. l. 2. ff. de vulg. & pup. subst.*

Quisquis de delicto aliquo agit, idem etiam de dolo agit, sine quo delictum nullum committitur: tametsi de dolo actio separata quædam ac propria sit. Expedit autem (scilicet Reipublicæ) timere furti vel injuriarum pœnam, ut ait Paulus *d. l. 27. §. 4.* quasi dicat, cùm oderint peccare mali formidine pœnæ: hæc autem formido, & hic timor, per tale pactum tollatur. Quid enim metuet, qui scit, quicquid faciat, non tamen se ob id judicio conveniri, aut ad pœnam ullam condemnari posse? Etenim maxima est ad peccandum illecebra spes impunitatis, ut est etiam apud Ciceronem: Contrà verò expedit Reipublicæ né delicta maneant impunita. *l. 51. ita vulneratus. §. Quod si quis. ff. ad l. Aquil. l. 95. Stichum. §. 1. ff. de solut. l. 70. §. ult. ff. de fidejuss. l. 9. §. quod illicitè. ff. de publ. & vectig..*

Illud quæri video ab Interpretibus, utrùm sicut de dolo, ne præstetur, pacisci non licet; etiam de lata culpa prohibita sit pactio, eam, sive præstationem ejus, remittens? Et quamvis Castrensis & Alii *ad l. 27. si unus. ff. de pact.* existiment, valere pactum, ne lata culpa præstetur: tamen verior mihi videtur contraria sententia negantium: in qua præter alios est etiam Ant. Contius *hic, p. 52.* Rationem hanc reddere possumus, omissam ab aliis: Quia tale pactum non minùs invitaret si non ad delinquendum, ut pactio de Dolo non præstando, saltem ad segnitiem & socordiam ac supinam negligentiam, quæ in contractibus non minùs damnosa esse solet quàm ipse dolus: Unde etiam Lata culpa dicitur passim à JCtis dolo proxima, imò etiam dolus esse (scil. præsumptus ut loquuntur Interpretes.) qua de re suprà *inter præliminaria hujus legis capita* diximus. Antonius Delrio etiam tali utitur argumento à majori ad minus: Testamento non potest remitti lata culpa. *arg. l. 1. Cod. de usufructu.* ubi non valet remissio cautionis usufructuariæ facta marito ab uxore: cùm tamen illa cautione de utendo fruendo dolus & lata culpa contineatur. Ergo multò minùs poterit lata culpa pactis contrahentium remitti. Ratio consequentiæ est: quia major est ultimarum voluntatum & testamentorum favor quam contractuum: ut explicatur ad *l. 12. in testamentis. ff. de R. J.*

Porrò non est perfunctoriè attendendum ad duo illa verba, quæ in regula superiore posui: *Expressum, & futurus.* Nam, ad primum quod attinet: Expressum duntaxat pactum, quo scil. disertè mentio fit doli remittendi, reprobarunt legislatores: non etiam tacitum. *l. 27. si unus. §. illud nulla. ff. de pactis.* V. G. vel paciscor tecum, dum res meas fidei tuæ commendo, ne mihi in hoc contractu depositi præstes dolum: vel paciscor tecum, ne omninò agam adversus te depositi.

Hìc duo sunt pacta: quorum posterius valet: (Nam acturo tecum depositi, obstabit exceptio pacti, ad elidendam actionem, quam tibi remisi) prius non valet, eoque non obstante, nihilo sciùs teneberis mihi de dolo, si quid fraudulenter circa depositum egeris. Dices, Atqui etiam is, qui paciscitur ne agat depositi, videtur remittere pacto necessitatem præstandi doli. Nam depositi non agitur nisi ob dolum, vel latam culpam. Respond. tametsi hoc negari non potest quin ita sit: tamen multum interest, an expressa fiat mentio doli; an verò tacitè & vi ipsa sive effectu remittatur dolus. Multum interest, directè quid agas, an obliquè & tectis verbis. Nam, ut alibi sæpè, ita hìc quoque, major vis est expressi quàm taciti: & expressa nocent, non expressa non nocent: ut habet reg. Juris *l. 195. b. t.* & *l. 52. nonnunquam. De cond. & d. empt. l. 68. si quis Sempronium. ff. de her. inst.* quamvis aliàs nonnunquam taciti eadem sit vis quæ expressi. Atque hæc responsio sumitur ex ipso Paulo *d. l. 27. §. illud nulla. ff. de pact.* ubi pro *Vi ipsa*, legunt alii eodem sensu *re ipsa*: sed illud elegantius est. Sicut autem actio depositi potest pacto remitti, sic & aliæ actiones similes, ut commodati, mandati, pro socio, empti venditi, locati conducti &c. Sed in nulla harum potest remitti præstatio doli. Nam pactum, ne hac vel illa actione ex contractu tenearis, nullam continet turpitudinem, neque contra bonos mores est, vel ad delinquendum invitat: Sed pactum expressè mentionem faciens doli, ejusq; præstandi necessitatem remittens, manifestam continet turpitudinem, & adversatur bonis moribus, & delinquendi præbet incentivum & occasionem.

Deinde quod ad futurum dolum attinet, sive nondum commissum, cur ille solus pacto remitti non possit; præteritus autem possit remitti: diversitatis ratiò illa est: quia in præteriti doli remissione cessat ratio prohibitionis; quæ erat, ne homines ad delinquendum invitarentur: cùm jam dolus sive delictum sit admissum; nec metuatur admittendum: meritò itaque & ipsa cessabit prohibitio. Idemque etiam de delictis futuris & præteritis, sive committendis & commissis, verum est: ut de illis pacta non valeant: de his valeant: Nam potest quis post furtum sibi factum, post vim, post injuriam sibi illatam, post res amotas &c. pacisci ne agat furti, vel vi bonorum raptorum, vel interdicto unde vi, vel injuriarum, vel rerum amotarum &c. *l. 17. si sibi. §. 1. & l. 27. si unus. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis. l. 11. non solum. §. 1. vers. proinde. ff. de injur.* Sed antequam illorum delictorum aliquod fuerit perpetratum, non licet licet ita pacisci, ne quis hac vel illa actione ex delicto futuro teneatur. Differentiæ ratio eadem est, quæ modò indicata.

Quæritur etiam obiter, an qui pactus est ne secum ageretur furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, &c. infamia notetur? Ita quidem dicendum videbatur ex *l. 1. §. 5. qui furti. & l. 4. §. ultim. ff. de his qui not. infa.* ubi non tantùm condemnatus furti, aut simili quapiam actione, infamis efficitur, sed etiam is, qui pacto impetravit ab adversario ne secum ageretur. Veruntamen contraria sententia æquior est, ut scilicet pactus gratuitò, sive absque pretio, non sit notatus infamia. Alioquin enim si ne precibus quidem hìc daretur locus, nec ullo pacto

liceret

liceret impetrare ne secum ageretur, nulla veniæ ratio esset: quod inhumanum & crudelitati proximum esset. *l. 6. furti. §. 3. pactusve.* ff. *d. t.* Nec obstant *d. l. 1. §. 5 qui furti.* & *d. l. 4. §. ultim.* Nam ibi pactus intelligi debet is, qui pretio, hoc est, aliquo dato vel retento, idegit, h. e. qui transegit de tali quopiam delicto. Sic enim ipse Vlpian. interpretabatur nobis Edicti prætoris verba. *d. l. 6. §. 3. pactusve.* Et hoc Delrio quoque admonuit *hîc, cap. 20. sub rubr. pragmatica interpretatio.* ubi & hoc rectè addit, Si ex contractu veniat actio, quocunque modo quis paciscatur ne secum agatur, sive gratis, sive dato pretio, id est pacto propriè dicto, sive transactione, eum effugere infamiæ notam, licet damnatus non effugeret. l. 7. *in actionibus.* ff. d. t. Vbi & rationem differentiæ Paulus hanc addit, quoniam ex his caussis non tam turpis est pactio, quam superioribus. Cur ita? Ratio rationis est: Quia delicti & doli ipsum nomen est abominabile & probrosum, *argum. l. 42. ff. de V. S.* Non ita contractus vel quasi contractus, qui per se liciti & ferè jurisgentium sunt: quamvis interdum illicita aliqua, ut doli fraudesque, etiam ipsis intercurrant. Atque ita etiam isti legis nostræ parti, quæ Pacta de dolo non præstando reprobat, satisfactum esse arbitror.

CAPUT XVIII.

DE CASIBUS FORTUITIS.

Reliquum est, ultimum legis nostræ caput: quod est de casibus fortuitis, sive damnis fatalibus, seu iis, quæ vi majore accidunt, nullaq; diligentia humana prospici, præcaveri, vel averti possunt. De his idcirco nobis hoc loco brevior atque facilior erit tractatio: quod jam nonnulla præmiserimus suprà, cum evidentialia hujus legis proponeremus: ubi dixi, tùm de vocabulo, seu variis appellationibus casuum fortuitorum: tùm de re ipsa: quid, inquam, sint casus fortuiti & unde existant: tùm de variis speciebus & exemplis casuum fortuitorum, quæ hinc inde per leges sunt dispersa. Hæc nihil necesse est: nunc repetere, novâ aliquâ doctrinâ institutâ.

Illud tantùm superesse videtur ut dicamus, quod nam sit jus casuum fortuitorum: qua de re hæc traditur regula: *Quæ fortuitis casibus seu vi majore accidunt, sive damna fatalia, quæ nulla diligentia humana prævideri, nulla vi præcaveri potuerunt, ea ex natura contractus, in nullo bonæ fidei judicio præstantur:* ut *hîc.* §. *animalium verò,* & *l. 6. quæ fortuitis. Cod. de pignoratit. act.* & §. *final. in fine Inst. Quib. modis re contrahitur obligatio. l. 18. in rebus. in princip D. Commodat. l. 1. Cod. de commod. l. 1. Cod. depositi. l. 25. si merces. § vis major,* ff. *Locati. l. 12. damnum. C. de locat. l. 1. § 11.* si Magistratus. *A. de Magistrat. conveniend. l. 2. §. 7. si eo tẽpore. D. de Administ. rerũ ad civit. pertinent.* cũ similib. legib.

 Ratio

Ratio est: Primùm quidem; quia una quæq; res domino suo perit, ipsiusq; periculo est. *l. 9. pignus. C. de pignorat. actione*, æquè igitur ipsi erat peritura, etiamsi in contractum v. g. Commodati, Locati, pignoris, depositi, precarii, vel alium similem, deducta non fuisset. Deinde: quia impossibilium nulla est obligatio, ut ait Celsus *in l. 185. impossibilium. inf. h. t.* & facit *l. 31. verum est, eod. titulo.* Jam verò impossibile est homini, casus fatales vel prospicere, vel avertere, atque evitare. *l. 1. §. 4. & ille quidem. vers. is verò. A. de Ob. & Act. & §. item is cui. vers. sed propter majorem vim. Inst. Quib. mod. re contra h. oblig. d. l. 2. §. 7. si eo tempore. D. de Administrat. rer. ad civit. pertinent.* Cum similibus legibus, quas suprà inter Evidentialia hujus legis recensui: Ex quo apparet, quàm iniquum futurum esset, velle quemqiam obligare ad ejusmodi casuum præstationem. Nec obstat, si quis dicat, pacto tamen effici posse, ut casus fortuiti præstentur; tale enim pactum valere, paulò pòst demonstrabo. Respondendum enim ex hujusmodi pacto non obligari aliquem ad impossibile, hoc est ad id, ut casus fortuitos vel provideat, vel præcaveat: (id quod facere nemo potest, sive id pacto promiserit, sive non promiserit.) sed ad hoc, ut sufferat æstimationem damnorum ita contingentium. Hoc autem non est impossibile, imò in potestate est promittentis, cùm posset non promittere, nec paciscendo se ita obligare. In eandem sententiam etiam P. Peckius aliis verbis respondet, ut refert ipsius discipulus M. Ant. Delrio. *in fin. c. 21. ad h. l.*

Non frustra verò addidi in regula hæc verba: *Ex natura contractus.* Nam pacto conveniri potest, inter contrahentes, ut etiam casus fortuiti præstentur. *d. l. 6. quæ fortuitis. in verb. nisi inter contrahentes placuerit. Cod. de pignorat. actione. & d. l. 1. vers. sed ut cum his. Cod. de commodat.* & *l. 1. in verbis, si non aliud specialiter convenit. Cod. depositi.* Cum similibus: Atq; hæc una est exceptio à regula nostrâ: cujus exceptionis hæc est ratio, quia pactum dedit legem contractui: & quia sibi imputare debet, qui præstationem casuum fortuitorum in se suscepit, atq; ita duriùs se obligavit, quàm aliàs regulariter teneretur. Quod itaque semel ei placuit, hoc non potest amplius displicere. *c. quod semel. de R. J. in 6o.* & *argum. l. 5. sicut C. de Ob. & Act.*

Sed circa hanc primam exceptionem illud jam olim quæsitum esse video: an pactum quo inter contrahentes convenit, de Casibus fortuitis præstandis, debeat nominatim singulos casus exprimere: an verò sufficiat, in genere sive universè omnes complecti? Prior sententia placuit Johanni veteri glossatori: Posterior Martino & Azoni: quam & Marc. Anton. Delrio *hic cap. 21. in pragmatica interpretatione* præfert, ut veriorem: valere inquam tale pactum generale: suscipio in me omne periculum casus fortuiti: & interposito ejusmodi pacto, omnem omninò fortuitum casum præstandum esse, quantùlibet etiam sit insolitus: *argum. l. 78. fistulas. D. de contrah. empt.* Accedit, quod nusquam vel jurisconsulti vel Imperatores, in suis legibus hujus pacti mentionem facientes, requirunt, ut specialis aliqua enumeratio fiat casuum fortuitorum: ut patet ex *l. 7. Jurisgentium §. item si quis pactus. ff. de pact.* & ex *l. 39. & Aristoni. ff.* Mandati. Nec obstat, aut pro Johannis sententia quidquam facit, *leg. 1. Cod. depo-*

depositi. in verb. si non aliud specialiter convenit. Nam Imperator ibi non requirit specialem enumerationem casuum fortuitorum : sed hoc tantùm vult, opus esse pacto quo à communi regula recedatur, si casus fortuiti in judicio bonæ fidei præstari debent. Secundò nihil etiam juvat sententiam Johannis *l. 4. §. quæsitum est. ff. si quis cautionibus &c. in verb. sed & ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter &c.* Nam ubi non agitur de præstatione casuum fortuitorum in contractibus, neque quæritur, an generalis promissio sufficiat, an verò specialis eorundem enumeratio requiratur : sed quæstio in ea lege est, de generali renunciatione exceptionum ob casus fortuitos in judiciis: & hanc negat Attilicinus valere; quem & Ulpianus sequitur, requirens specialem expressionem causarum. Nec rectè hoc casu argumentum ducitur à judiciis ad contractus: neque à stipulationibus judicialibus vel prætoriis ad stipulationes conventionales, sive ad pacta conventa: inter quæ quantum sit discrimen, explicat hic Antonius Delrio. Illud tamen non improbo; quod Ant. Contius ex *d. l 4. §. quæsitum.* colligit, pactum de casu fortuito præstando, non debere captiosum esse, nec ita conceptum, ut generalitate sua insidiosum esse videatur. Nam & aliàs à bonæ fidei contractibus, omnis dolus, captio, machinatio, & circumventio quàm longissimè abesse atque exulare debent: ut notatur cùm alibi, tùm ad *l. & eleganter. ff. de dolo malo.* Tertiò deniq; nihil ad rem facit, *l. 21. jubemus. C. ad SCtum Vellejanum*, ubi generalis renunciatio SCti Vellejani facta à muliere restringitur ad contractũ super quo interponitur. Quid enim hoc ad generalem promissionem de casibus fortuitis præstandis? ut ita planè à separatis, & quæ nihil commune inter se habent, hìc fiat illatio contra *l. ult. ff. de calumn.* Posset etiam pro sententia Johannis adferri illud Ulpiani : *Ea quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta. l. 15. item apud Labeonem. §. 26. edictum. D. de injur.* ex quo effici, videbatur, etiam hìc necessariam esse specialem enumerationem casuum fortuitorum; & non enumeratos, non venire præstandos, ex generali promissione. Sed Ulpiani illa regula potiùs pertinet ad munus interpretis; cuius est singula sub aliquo genere latentia enucleare, & involuta evolvere, quò pleniùs ab auditore lectorevè intelligantur ac pernoscantur, neque negligantur, quasi per præteritionem: nequaquam verò ibi Jurisconsultus enervare voluit vim generalium promissionum, vel renunciationum, & similium. Quem illius loci verum intellectum probè notandum puto. Alioquin de generalibus promissionibus, conventionibus, stipulationibus, pactis, remissionibus, renunciationibus, hypothecis, donationibus, & similibus, valere debet regula tralatitia: *Qui omne dicit, nihil excludit: & generalis enumeratio generaliter est exaudienda, atque intelligenda.* Illud hìc minimè prætermittendum puto, si quis aliquot fortuitos casus enumeraverit specialiter, eum de aliis non expressis non teneri: Idque ex alia vulgata regula: *Aliquorum inclusio, cæterorum eiusdem generis est exclusio.* Quamvis aliud esset dicendum, si quibusdam casibus enumeratis, posteà subjecta fuisset generalis clausula, omnes alios universim comprehendens.

Succedit superiori alia quæstio, eaque potissimùm ad verborum significationem pertinens. Quid enim si paciscentes non dixerint de *periculo casuum fortuito-*

tuitorum, sive *de casu fortuito*, & *damno fatali praestando*; sed simpliciter *de periculo &c.* in contractu *praestando*: quid hic appellatione periculi continebitur? Resp. secundum variam contractus, quo de agitur, naturam, variam quoq; esse significationem *periculi*. Aliquando enim periculi vocabulum significat damnum quod levissima culpa accidit: v. g. Si pactum de eo praestando adjiciatur contractui, in quo aliâs regulariter ex ipsius natura vel dolus tantùm, vel dolus & culpa praestatur. Aliquando verò periculum significat casum fortuitum, seu damnum fatale, & vim maiorem. Quam distinctionem aliquot legibus comprobat Delrio: cui assentior.

Et hactenus de prima exceptione à regula nostra: nempè si pacto (intellige, incontinenti sive in ingressu contractus adjecto, secundum doctrinam superiorem) promiserit quis, se casus fortuitos praestiturum. Nec refert, utrum in genere quosvis casus nominaverit, an in specie enumeraverit. Quod duobus modis fieri potest, vel generali clausula sub finem specialis enumerationis adjecta: vel hac omissa, secundum ea, quae superiùs tradidi, sub *finem quaestionis primae*.

Nunc caeteras exceptiones videamus. Secundò igitur fallit regula de casibus fortuitis, si dolus aut culpa casum praecesserit. Vulgò in hac exceptione tantùm exprimunt culpam, sed omninò etiam dolus addendus est, tum ex *leg. 18. in rebus. D. commod.* tum ex hac ratione manifestissimâ, quia si tenetur is cuius culpa praecessit casum, (sicut omninò tenetur) quantò magis tenebitur is, cuius dolus argui potest. Exceptio autem haec ita est interpretanda: si quid sit quod imputari possit ei qui rem, quę casu fortuito periit, restituere debuit, sive ille tali damno occasionem praebuerit, vel dolo, vel culpa aliqua sua *l. 5. §. 4. quod verò senectute in verbis: nisi aliqua culpa interveniat.* & *d. l. 18. in rebus, in verb. quae sine dolo & culpa eius accidunt*, à contrario eius legis sensu. *D. commodati.* Ubi notandum obiter, copulativam particulam [*&*] positam pro disjunctiva, [*aut,*] quod in jure non est novum, item *l. 1. §. 4. & ille quidem vers. sed & in majoribus: in verb. si culpa eius interveniat. D. de Oblig. & Act.* & *§. item is cui. in verb. si modò non ipsius culpa is casus intervenerit. Instit. Quibus modis re contrah. obligatio.* & *l. 22. sive in verb. Si sine vitio eius acciderit, ff. de negot. gest.* Facit eôdem *l. 2. §. 8. Si quis tamen, in verb. Si quid sit quo ei imputetur. D. Si quis cautionibus.* item *l. 45. is qui ex stipulatu. in verb. non tenetur. non enim per eum stetisse videtur*: à contrario eius legis sensu. *D. de O. & Act.* V. G. Tutor res pupillares, quas in horreo conditas habere, vel etiam vendere debuit, secum circumtulit, eaeq; in hospitio eius conflagrarunt. Quaeritur, cuius hoc sit damnum sive dispendium: pupillinè, an tutoris? Videbatur dicendum, quod spectet ad pupillum, & tutor ab eius praestatione sit absolvendus: quia incendium casibus fortuitis annumeratur, ut est *in hac lege, in verb. incendia.* Jam verò casus fortuiti non imputantur tutoribus & curatoribus, *l. 50. Si res pupillares, D. de admin. tutor. l. 4. tutoribus. Cod. de pericul. tutor.* Contrarium tamen respondetur, nempè hoc damnum esse tutoris: quia scilicet hic intervenit culpa seu segnities tutoris, qui non debuit sic circumferre res pupilli, aut in hospitio habere, sed potiùs recondere, & diligenter asservare: vel si servando servari non poterant,

terant, maturè distrahere ad utilitatem pupilli: quodsi fecisset, non fuissent incendio consumptæ *l. 3. C. de peric. tutor.*

Aliud exemplum secundæ huius exceptionis præbet *lex 18. D. Commod. & d. l. 1. §. 4. D. de obligat. & actionib.* juncto *§. item is cui. Instit. Quibus mod re contrab. oblig.* Commodatarius rem, quam utendam acceperat, peregrè secum sumpsit, atque ita amisit, incursu latronum vel piratarum, vel hostium, vel prædonum, vel etiam naufragio, vel inundatione, vel incendio, &c. Quæritur, num de ea restituenda teneatur? Ratio dubitandi est; ut videatur non teneri, quia hi sunt casus fortuiti sive majores, sunt damna fatalia, quibus resisti non potuit, sive adversus quæ caveri non potuit, ut est *in h l. nostra.* huiusmodi autem casus in nullo bonæ fidei judicio (quale est etiam commoda [illegible]) *præstantur. l 6. quæ fortuitis. C. de pign. actione & §. animalium. h l nostra*, cum similibus locis, suprà in regula allegatis. Ratio tamen decidendi est; cur, inquam, talis commodatarius etiam istorum casuum nomine teneatur: quia culpa ipsius hunc casum præcessit, qui videlicet rem, quam ea lege accepit, ut domi uteretur, peregrè tulit: id quod facere non debuit: ac proinde casus adversus meritò ipsis imputabitur, quippe cui occasionem præbuerit. Ex quo intelligitur, secus esse, si rem etiam in eum finem accepisset, ut peregrè assumeret; tunc enim si quid vi majori acciderit, præstare non cogitur, nisi fortè per loca periculosa proficisci maluerit, cum posset per tutiora. Similia exempla doli aut culpæ casum præcedentis, facilè ex aliis quoque contractibus, vel quasi sumi possunt; ut emptionis venditionis; locationis conductionis, mandati, depositi, pignoris, societatis, dotis, precarii, negotiorum gestorum, communionis rerum, &c.

Æquitas huius exceptionis per se patet: quia his casibus, ut dixi, est quod imputari possit illi, cuius dolus aut culpa intervenit: quæ si non intervenisset, res salva mansisset: ut in exemplis superioribus & similibus cuivis est manifestum.

Tertiò fallit regula, Si mora casum præcesserit, id est, si is qui ex naturâ contractus rem debebat tradere vel restituere, fuerit in morâ tradendi, vel restituendi, eaque inter moras perierit, *l. 18 si in Asia, §. quemadmodum. ff. depositi, l. 14. si plures. §. fin. eod. tit. & l. 8. quæsitum §. & generaliter, vers. planè ff. de precario, cum similibus.* Hæc exceptio superiori est similis. Nam hic quoque est quod imputari possit moratori, seu cunctatori, id est, ei qui moram fecit. Est enim mora quædam species culpæ, cùm quis rem non suo tẽpore restituit. Si quid igitur per moras restituendi acciderit: meritò hoc damnum spectabit ad moratorem, non ad dominum rei.

Sed circa hanc rem antiquissima est controversia: An hoc indistinctè verum sit, sive res similiter apud actorem vel dominum erat interitura, sive non: an verò tùm demum exceptio obtineat, si res non eodem modo apud actorem seu dominum peritura fuisset. Prior fuit jam olim sententia Johannis: posterior Martini. Accursius hac in re vacillavit, aliquando Johannis sententiam, aliquando Martini amplexus. Sed verior & æquior esse videtur sententia Martini: videlicet si res non eodem modo peritura fuisset apud actorem seu

dominum

dominum, ut tunc demùm is reo præstare debeat interitum, qui post moram contigit; aliàs non item. Quam sententiam & Anton. Contius, & Delrio, *hîc* præferunt alteri. Videatur & Accursius *ad d.l.12. si in Asiam. §. fin. in gloss. verb. periculo. & ad dict. l.14 si plures. §. final. in verb. interitura esset. ff. depositi.* & Franciscus Hotomannus *illustr. quæst. 30.* ubi altiùs quoque ascendens, docet, non primùm inter Martinum & Johannem exortam, vexatamque hanc esse Quæstionem, sed jam olim inter Sabinianos & Proculianos fuisse agitatam.

Quæret aliquis: Sed unde hoc cognoscemus, an res eodem modo apud actorem peritura fuerit, nec ne, si absque mora ei tradita vel restituta fuisset? Resp. Ex circumstantiis, personæ, rei, temporis, &c. facilè hoc æstimabit Judex, an distrahere rem voluerit, & potuerit actor, si eam in tempore habuisset, atque ita pretium rei salvum habere. Non enim simpliciter standum & credendum est assertioni actoris, dicentis; si rem habuisset se illam distracturum fuisse; sed ex circumstantiis, ut dicebam, diligenter ponderatis hoc sumendum est. Videatur & Giphanius *ad l. 23. si ex legati. n.17 ff. de verb. oblig.* Atque ita hîc notandum, quomodo possit reus purgare moram, sive eius pœnam evadere: docendo scil. rem eodem modo perituram fuisse apud actorem, etiamsi penes eum fuisset. Videatur Anton. Delrio *ad h.l. cap. 29.*

Hæc de tribus à regula nostra exceptionibus breviter dixisse sufficiat: quibus & hæc quarto loco adjungi potest: Si reus in se receperit, se æstimationem rei præstiturum. Nam hoc quoq; casu illam debet, etiamsi res interierit casu aliquo majore, seu fortuito. Omne enim periculum ab eo præstandum est, qui rem æstimatam accepit, *l. 5. si ut certò. §. 3. & si fortè. ff. commodati. l. 10. plerumque. in pr. ff. de jure dotal.* (ubi quam Jurisconsultus tradit cautelam, ea probè notanda est, præsertim sposis & novis maritis, nè facilè dotem æstimatam recipiant, sed potiùs inæstimatam) *& l. 10. Cum dotem. vers. quis enim dubitet. C. eod. tit.* Ratio est, quia æstimatio est loco & instar emptionis; unde etiam facta rei æstimatæ traditione, sive ex causa dotis, sive ex aliâ, competit actio empti, ob rem evictam, *l. 16. quoties. ff. de jure dotium. l. 1. l. 5. & l. 10. C. eod. tit.* Sicut ergò emptori res perit post traditionem, utpotè Domino rei, ut notatur *ad §. Cum autem emptio. Instit. de empt. & vendit.* & *ad titul. ff. de pericul. & commod. rei vend.* sic etiam fit in re æstimata data.

Restare videtur, ut exempla sive species casuum fortuitorum ab Ulpiano hîc allatas denuò percurramus, quo facto finem Commentario nostro imponam.

Primùm igitur nominat Jurisconsultus *animalium casus mortesq; quæ sine culpa accidunt.* *Animalia* intelligere debemus, non tantùm jumenta, ut equos, asinos, mulos, boves, & similia, quorum operâ homines in arando, vehendo, trahendo, vel aliter quoquo modo utuntur: non solùm etiam alias pecudes, verùm etiam servos sive mancipia. Nam Romani inter servos & quadrupedes nullam ferè constituebant differentiam; Imò hæc inter se æquabant, ut disertè fatetur Cajus in *l. 2. §. 2. ut igitur apparet D. ad L. Aquil.* Unde & Volusius Marcianus

conjun-

conjungit *mortes servorum caeterorumq; animalium* in *l.30.in ratione in pr.ff.ad L. Falcid. Casus* deinde accipere debemus, non tantùm de casu seu prolapsione ex alto, sive de praecipitatione, ex qua crurifragium vel alia quaepiam laesio, aut mutilatio quadrupedis vel servi extiterit: Verùm etiam quicquid adversi fortuitò accidit animalibus; puta morbos, vel vitia: inter quae duo quid intersit, explicatur ab Vlpiano & Paulo, in *l.4.& 5.ff.de Ædit. Edict.* Item à Modestino, in *l.101.inter stuprum.§.2.verum est.ff.de V.S. Mortes* verò, (quae alibi etiam *mortalitates* appellantur) nihil aliud sunt, quod & vulgò patet, quàm in homine animae à Corpore separatio; in brutis autem, animae cum corpore extinctio atq; abolitio. Quod autem addit Vlpianus, *quae sine culpa accidunt,* hoc eò pertinet, ut ex contrario intelligamus, si culpa rei interveniente, mortuum aut laesum fuerit animal, aut mancipium; hunc non esse pro casu fortuito habendum, & proindè à reo praestandum: ut supra in secunda exceptione latiùs exposui, ex *d.l.18. in rebus. in pr. vers. veluti.ff. Commod.* cum similibus legibus, quas ibi adduxi. Quibus addatur & *l. final.in verb.si nulla culpa tua interveniente.ff. eod.t. Commod.* Exempla autem Casus sive damni ex culpa orti, passim obvia sunt in Legibus sub *tit. D. Ad Leg. Aquil.* & alibi. Videatur *l.27.si servus.§.22.si mulier.ff.ad Leg.Aquil.* & *l.30. qui Insulam. §.2.qui mulas.D.Locati.* quas etiam allegat Johannes Igneus *in Comment. ad h. l.* Quaeret aliquis, quid dicendum sit in dubio: si non constet, utrum casu fortuito, vel sua morte animal aut mancipium interierit, an verò interveniente seu praecedente dolo aut culpa rei? Respond. in dubio absolvendum esse reum: utpotè cujus dolus aut culpa non sit praesumenda; sed actori incumbat probatio doli vel culpae in reo intervenientis: Quod & Antonius Delrio rectus admonuit *ad h. l.c. 22. & cap.31.*

Secundò addit Vlpianus casibus fortuitis *fugas servorum qui custodiri non solent.* Tria ferè sunt vitia servorum, & ingeniorum servilium: fuga, furtum, & mendacium. De prioribus duobus (quae quidem adeò sunt conjuncta, sibiq; invicem connexa, ut ipse sui ipsius furtum fugiendo facere dicatur servus, dum scilicet hero suo se subtrahit.) de his inquam duobus elegans est distichon Martialis:

A pedibus didicêre manus peccare protervae,
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Catullus quoq; eleganter talem servum vocat *herifugam*, qui à Domino suo fugit: Graecis est δραπέτης. Et hanc ob causam in venditione servorum sive mancipiorum solebat venditor repromittere, servum fugitivum vel erronem non esse, noxâve solutum esse: *l.1. §.1. & l.17. quid si fugitivus. ff. de Aedilit. Edicto.* ubi per totam legem haec tria diligentissime explicat Vlpianus, *fugitivum, erronem, & noxa solutum*: Conferatur etiam Triphoninus *in l.225. fugitivus, ff. de V. S.* Ex hoc autem loco Vlpiani discimus, servorum alios solere custodiri, alios autem non item: Quod & aliis locis comprobatur: ut in primis *l.21.si à bonae fidei possessore. ff. de R.V. l.5.§.6.sed an etiam ff.commod.& §.cum autem emptio vers.quod si fugerit, Instit.de Empt.& vend.* Et regulariter quidem servi non solent custodiri: Ratio, quia & difficilis ea custodia esset, & inutilem propemodùm faceret usum servorum: quam rationem rectè hic Ant. Contius assignat. Nam illa custodia ferè plu-

ris constaret quàm sit ipsum servi pretium, vel quæ ex ipso percipitur utilitas. Immò & supervacanea esset custodia in servo frugi & integræ opinionis: nec tantùm supervacanea, sed etiam noxia: quippè quæ maximam præ se ferret diffidentiam; adeoq; etiam ex servo frugi facere posset servum nequam. Ferè enim ita fit, ut qui fidem sibi haberi vel non haberi animadvertit, quamvis priùs fuerit bonus & fidelis, degeneret atq; desciscat à pristina bonitate ac fide: sicut contrà, fides habita fidem ipsam fortiùs astringit: ut est apud Livium. Sed qui suspecti sunt de fuga, quales sunt vincti & ergastularii, quivè ejus sunt ætatis, ut custodia egeant; hi certè custodiri debent. *d. l. 5. §. sed an etiam. ff. commod.* Idemq; dicendum est de his, quorum custodiam in se quis recepit. *d. §. cum autem emptio. cum similibus*. Cùm igitur quæritur: sit ne fuga servi annumeranda casibus fortuitis, an non item debeatur præstari, an non? Respondendum est per distinctionem: Aut servus talis fuit qui custodiri non solebat, sed neq; debebat, puta quia integræ opinionis, minimeq; suspectus erat: hoc casu fuga est casus fortuitus, proindeq; non præstatur. Aut servus ex eorum genere fuit, qui custodia indigent; puta quia sunt suspecti de fuga, quia non bonæ opinionis, quia ea ætate constituti, quæ se ipsam regere non valens, sed opus habet custode, (cujus etiam Horatius *in arte Poëtica* mentionem facit: quanquam de liberis hominibus loquens.) quia deniq; custodiam eorum quis in se recepit: & tunc fuga non est casus fortuitus, ac proinde præstabitur. Veruntamen ad prius membrum distinctionis hujus hæc addenda est Exceptio sive limitatio: nisi servus qui custodiri non solet, aufugerit ab hero suo propter sævitiam & immanitatem ipsius: puta, quia fame ab ipso torquebatur: (Quo tormento nullum est majus; teste Homero, & Josepho historico *in libro de bello Judaico*) vel quia intollerabili injuriâ ab ipso afficiebatur, ut est in *§. fin. Instit. de his qui sunt sui vel alieni juris*: tunc enim, quia culpa præcessit casum, (Nam & sævitia nimia culpæ adscribitur) meritò præstabitur etiam fuga talis servi, secundum ea quæ suprà dixi *in secunda exceptione*. Sed hìc non immeritò quispiam dubitet, quo pacto fuga servi sit casui adscribenda: cùm certum sit, eam proficisci ab ipsius servi affectu & animo: ab animo, inquam, sive ab affectu in effectum, sive in actum extrinsecum perducto: id quod sæpe inculcatur in *d. l. 17. ff. de Aedil. edict.* & in *d. l. 225. ff. de V. S.* Jam verò quæ à libera hominis voluntate dependent, sive quæ ex animi cujusq; propositione cum aliquo actu constant; ea non debent, certè neq; possunt, conferri in casum: ut prolixè disputat Aristoteles *libro 3. Ethic.* & consimiliter S. Basilius inquit, *Quarum rerum principia sunt in nobismetipsis, earum rerum causas non debemus foris & extra nos quærere.* Videbatur ergò fuga non esse casui adscribenda, sed potius ipsius servi nequitiæ & perversæ voluntati. Respond. Quod fuga servi casibus fortuitis annumeratur hoc non fit ratione ipsius servi fugientis (qui quidem libera voluntate & propositione animi, nullaq; vi majore, nullo casu fatali impulsus fuit, & fugiendo suiipsius furtum facit, ut supra monui) sed fit hoc ratione & respectu aliorum, puta ejus qui debet servum, & cui ille debetur. Eadem & objectio & solutio ad quædam sequentia exempla accommodari debent; ut ad rapinam, ad impetum prædonum, latronum & hostium &c.

Tertiò

Tertiò nominat Vlpianus inter casus fortuitos etiam *Rapinas*, id est si res qua de agitur alicui per vim erepta sit, hunc casum præstare non tenetur Sic etiam in *l. 30. in ratione ff. ad* L. *Falcid.* rapina ponitur post mortes animalium &c. Rapina sive raptus quid sit, & quomodo differat à furto, expositum est ad *tit. I. de vi bonor. raptor.* Summa hæc est: Differre & modo delinquendi, & genere actionum, & pœnæ quantitate. Nam primùm, Rapina semper fit palàm & manifestè ac per vim. Rapi enim sine vi non potest, teste Vlpiano in *l. 3. § 5 aliud ff. de incend. ruin. naufragio.* Vnde etiam raptor dicitur fur improbior. *l. 2. § 11. Cæterum. ff. vi bonor. raptor. l. 4. idem si. §. 12. qui vim: Quod metus causa. l. 80. cum vendidero. §. cum raptor ff. de furt.* ob majorem videlicet improbitatem. Sed furtum etiam clàm fieri potest: Est enim furtum aliud manifestum, in quo scilicet fur deprehenditur priusquam rem pertulerit, quò destinaverat: aliud nec manifestum, in quo fur non deprehenditur quidem, sed tamen quod factum esse negari non potest: ut docetur in §. 1. *I. de O. quæ ex delicto nascuntur*: tametsi etiam fur manifestus ad furandum accedit, animo latendi potius quàm ut deprehendatur hoc enim fit per accidens, non ex ipsius intentione. Secundò differunt (ut dicebam) genere actionum, Nam furti actio alia est civilis, nempe ex XII. tabulis, videlicet, manifesti: alia est prætoria sive honoraria; ut nec manifesti: sed vi bonorum raptorum actio semper est prætoria. Tertiò differunt modo sive quantitate pœnæ: quia vi bonorum raptorum actio semper datur in quadruplum: sed furti actio, nunc in quadruplum, si manifestum sit furtum; nunc in duplum, si nec manifestum: Et in furti actione quadruplum & duplum totum est pœna, extra quam res ipsa etiam propria actione peti potest, puta rei vindicatione: In actione verò vi bonorum raptorum, quadruplum continet etiam rem ipsam; ut triplum sit pœna. Videatur *prin. tit. Instit. de vi bonor. raptor.* & *§. sequens. vers. ex maleficiis. Inst. de Act.* Cùm igitur tàm multæ sint differentiæ, inter rapinam & furtum, non est mirum sub rapina furtum non contineri. Nunquam enim diversarum specierum una sub altera continetur, ut docent Philosophi. Ideoq; si quis juraverit se rem non rapuisse, & posteà conveniatur vel actione furti, vel condictione furtiva, non poterit se tueri contra hanc novam actionem exceptione jurisiurandi: ut docet Vlpianus *in l. 28. in duobus. §. 5. si quis juraverit. ff. de jurejurando,* Alia enim est actio vi bonorum raptorum, alia furti, alia deniq; condictio furtiva, & quemadmodum exceptio rei judicatæ non competit, si nova actione quis experiatur, ut docetur *tit. Digestorum de Except. rei judic. l. 7. ibid.* ita; neq; jurisiurandi exceptio datur ei qui nova actione convenitur. Furtum igitur non computatur inter casus fortuitos, sicut latrocinium: ut notat Accursius *ad l. 3 in verb. etiam si sine culpa. ff. nautæ caupon. stabul.* & in *l. 52. cum duobus. §. damna ff. Pro socio.* & facit huc. *§. præterea vers. itaque. ff. Quib. mod. re contrah. oblig. in verb. qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit.* Furtum enim (ut alibi dicitur) diligenti patrifamilias non fit: potest enim diligentia & attentione præcaveri. Sed latrocinium ac rapina præcaveri non potest: custodia enim adversus vim parum proficit: ut alibi dicitur. Discrimen hoc probari potest etiam lege Moscaica, *Exod. 22.* ubi re deposita à furto sublatâ tenetur depositarius de eâ reddendâ; sed per vim hostium ereptâ, vel alio casu

perditâ, non tenetur. Obstare videtur *l.30.In ratione. in pr. ff. ad l.Falcid.* ubi Marcianus conjundit furta cum rapinis, & mortib. servorum, cæterorumq; animaliũ, & cum incendiis ac ruinis: quos tamen omnes casus fortuitos esse constat. E. furta quoq; erunt casibus fortuitis annumeranda, autore Marciano. Resp. Conjungit quidem ibi Jurisconsultus furta cum rapinis & cæteris casibus fortuitis, verùm nõ quod velit furta quoq; ejusdem cum illis esse generis: sed quia propositum ipsi erat omnia omninò damna enumerare, quæ sine dolo vel levi culpa legatarii cõtingũt; quæ negat venire in rationẽ legis falcidiæ, sed ait hæredi perire: Apparet hoc manifeste ex illis verbis legis: *In summa quodcunq; damnũ &c.* quasi dicat, etiamsi aliter quàm casu fortuito acciderit. Sunt tamen qui furtũ quãdoq; velint esse casum fortuitum: ut si furtum sit domesticũ, quod difficilius caveri potest quàm aliud: item si furtum fiat cum effractura: ut videre licet apud Ant. Delrio: *cap. 24 in fine*, ubi rectè ait, tale furtum ad rapinam & vim potiùs pertinere: sicut etiam in constitutione Caroli V. hęc species furti graviùs punitur, quàm furtũ simplex sine effractura.

Quartò, ponit Ulpianus inter casus fortuitos *tumultum*. Ad etymon vocabuli, quo attinet, aliâs monui, videri potiùs deductum nomen à *tumore*, vel à *tumendo*, quàm à *timore multo*. Laudavi quoq; locum Ciceronis. *8. Philippica*, ubi similiter à timore deducens nomen distinguit inter tumultũ ac bellũ; quãvis Servius *in Virg. li.8. Æneid.* tumultum constituat unum ex quatuor generibus militiæ apud veteres usitatæ: sed Jurisconsulti tumultum latiùs usurpasse videntur, pro turba, & cõcursu hominũ quolibet, etiam pacis tempore coadunatorũ; & pro periculo quod indè impẽdere videtur: verbi gratia cùm Ulpianus *in l.1.§.1. ff. depositi*, dicit tumultus causâ depositũ, & Imperator *in §. rei persequendæ. v. planè. I. de actionib.* Idẽ a. ferè valet *tumultus* & *seditio*: quæ duo etiam conjungit Imp. Marcianus, *in l. 5. denunciamus C. de his qui ad Ecclesi. confuger.* & Leo *in l. ultim. C. de seditios*: quomodo etiã *turba* & *seditio* alibi conjunguntur, ut *l.2. in pr. & l.5. qui cætu in pr. ff. ad L. Juliam de vi public.* Porrò tumultibus & seditionibus valdè sunt cognatæ *dissensiones civiles*, quas nominat Vlpianus in *l.21. si quis ingenuam. §.1. de Capt. & postl. rev.* Hic quoq; notanda est exceptio: videlicet damna per tumultũ vel seditionẽ vel civiles dissensiones data, præstanda esse ab eo cujus culpa facta est seditio. Exemplũ est in *l. pen. in pr. ff. solut. matrim.* ubi attingitur historia tumultus Gracchani, cujus etiam sæpè meminit Cicero. Ratio exceptionis est; quia quoties culpa alicujus intervenit, quæ præcessit casum fortuitum, hunc ab eo præstari oportet cujus culpa intervenit, ut suprà dictum in secunda exceptione. Quæritur de *Bello*, an damnum quod per id illatũ est, sit casus fortuitus? Quod omninò dicendum est: nam *hostium incursus*, non minùs quam latronũ vel prædonũ disertè inter casu fortuitos numeratur, *§ item is cui res. I. Quib. mod. re contrah. obl. & l.1. § 4. & is quidẽ in f. ff. de O. & A. & l 18. in reb. in pr. ff. Commod. aliisq; in locis*, hostes autem ij sunt, quib. cum est nobis bellũ, *l.118. hostes. & l 234. Quos nos hostes. in pr. ff. de V. S. & Cicero lib.1. officiorum.* Quæ cùm ita sint non possum assentiri Ant. Delrio, qui restringit hoc ad bellum non indictum ab hostibus: quasi tùm demum quæ data sunt damna casus sint fortuiti. Imò verò etiam legitimè indicto bello quæ ab hostibus inferuntur dãna, sunt fortuitis casib. annumeranda. Nam leges quoties nominant incursum hostiũ,

non

non distinguunt inter bellũ indictum, sive denunciatum, & non indictum, Nec nostrum igitur erit distinctionem aliquam comminisci.

Quinto, ponit Ulpianus in casibus fortuitis, qui non præstentur, etiã *incendia*: id est si domus aut insula, aut villa, aut horreum, aut stabulum, aliave ædificia, urbana vel rustica, item si segetes, si arbusta, si sylvæ, in summa si res immobiles, vel mobiles, vel se moventes, vi ignis conflagrent, atq; absumantur, vel in totum vel aliqua ex parte. Sic incendium aliis quoq; in legibus dicitur casus fortuitus, ut *l. 1. §. 4. & ille quidem. ff. de O. & A §. Cum autem Inst de empt. & vendit. & §. item is cui res. I. Quib. mod. re. &c. & l. 30. in ratione. in pr. ff. ad L. Falcid. l. 5. §. 4. qui senectute. & l. 18. in rebus. in pr. ff. commod. l. 22. sive hereditaria ff. de Negot. gest. l. 9. si quis aliorum. §. 3. si colonus. & l. 15. §. 3. cum quidam. ff. Locati, & alibi.* Sed obstare videtur quod incendia plerunq; fiunt culpa in habitantium: teste Paulo *in l. 3. §. 1. ff. de offic. præfect. vig.* Imò & Alphenus scribit; incendium sine culpa fieri non posse, *l. 11. si vendita. ff. de peric. & commod. rei vendit.* & idem Alphenus, *in l. 30. Qui insulam. §. finali. ff. locati*, negat casum esse fortuitum, aut extrarium ut loquitur, quando servus Coloni villam incendit. Malè igitur annumerantur incendia casibus fortuitis: cùm potiùs essent culpæ adscribendæ. Respond. Ant. Contius, incendiũ non posse quidem fieri absq; alicujus culpa: veruntamen cùm alterius quàm nostra culpa sit, tunc id damnũ sive incõmodũ, quod ad nos attinet, casum esse fortuitũ. Eòdẽ ferè recidit etiã responsio Ant. Delrio, distinguentis, inter incendiũ ex culpa inhabitantiũ excitatũ, & inter extrariũ; v. g. quod è vicini ędibus, vel à fulmine, domo videlicet de cœlo tactâ, ortũ est. Ego simpliciter dicendũ puto; aliquando incendiũ pro casu fortuito esse habendũ, aliquando non esse. Casus fortuitus est, incendiũ & proinde non præstandũ, quando nullâ nostrâ culpâ, nulla quoq; eorũ hominũ, quorũ operâ utimur, excitatum est: sed vel ab occultâ quapiã causâ, vel à fulmine, vel ab incendiariis, vel à prædonibus, vel ab hostibus injectus est ignis. Contrà non est casus fortuitus; quando intervenit culpa aliqua, vel nostra, vel nostrorũ hominum, negligentiùs ignẽ habentiũ sive custodientiũ, qui innoxius, sive innocens haberi debuerat, ut Jurisconsulti loquuntur. Exempla sunt in *l. 30 qui insulã §. final. ff. locati & l. 27. si servus servũ. §. 9. si fornacarius l. qui occidit 30. § 3. in hac quoq;. ff. ad L. Aquil.* Ex tali igitur causâ exortũ incendiũ meritò præstatur; argumento eorũ, quæ suprà dixi *ad secundã exceptionẽ, de culpa interveniente, & casum præcedente*. Probatur hæc distinctio & solutio ipsis verbis *d. l. 3. §. 1. ff. de offic. præfect. vig.* Neq; enim ait Paulus, *semper* incendia fieri culpa in habitantiũ, sed *plerunq;*. Hæc a. est propositio non universalis, sed particularis. Similiter quoq; Alphenus *in d. l. 30. ff. Locat.* satis indicat, incendium aliquando esse casum fortuitum, sive extrariũ, aliquando non fortuitum. Ex quo intelligimus etiam *in d. l. 11. ff. de peric. & Commod. rei vendit.* sub audiendam esse particulã *plerumq;*: ne alioquin si hanc indefinitã propositionẽ: *incendium non potest fieri sine culpa* acceperimus pro universali, id est, *nunquã incendiũ sine culpa fieri potest*, sive *omne incendiũ fit ex culpa*: non modò sibi ipsi & rei veritati repugnabit Alphenus, sed etiam Paulo & aliis Jurisconsultis, quorum leges suprà adduxi. Vitanda est autẽ omnib. modis ea legũ interpretatio, quæ falsum & absurdũ habet intellectũ; ut docet Nicol. Eberh. *in loco ab absurdo.*

Non improbo hic exceptionem, quam addit Delrio *cap. 26. in pragmatica* quam vocat *interpretatione*, nempe teneri aliquem etiã de præstando damno per incendium extiarium dato, si culpa ipsius aliqua intervenerit: puta, quia incendio in vicinia orto, non interciderit sive diruerit medias ædes, quas jam corripuerat flamma: Ideò, inquam, interciderit ac demolitus sit, sive dissipaverit ædes vicini, ne ignis ad se perveniret, *arg. l. 49 si quis fumo. §. 1. ff. ad L. Aquil. l. 7. §. 4 Est & alia exceptio. ff. Quod vi aut clam. & l. 3. §. 7. quod ait Prætor. ff. de incend. ruin. naufrag.*

Tametsi illis legibus non imperetur ista intercisio sive demolitio ac dissipatio ædium intermediarum, ita ut eam omittenti culpa imputari possit; sed tantùm permittatur; ut, inquam, sine motu actionis legis Aquiliæ, vel interdicti, vel alterius actionis, facere quis possit, si velit. Multum aũt interest inter legis imperiũ & permissionem; ut explicatur *ad l. 7. legis virtus. ff. de Legib.* v. g. possum ego furem nocturnum occidere impunè, sicut & diurnum si telo se defendat: non tamen cogor eum occidere. Sic potest pater adulterum in filia deprehensum occidere, ut & ipsam filiam: non tamen cogitur, ita ut culpa ipsi imputetur si pepercerit. Sic igitur potest quis ædes vicini intercidere & dissipare, ne ignis ad se perveniat, neq; eo nomine conveniri potest ad damnum vicino datum sarciendum, per leges suprà dictas: non tamen id facere cogitur. Quocircà non immeritò quis de hac exceptione dubitaverit. Ac tantum de incendio. De incendiariorum autem pœnâ videri potest constitutio criminalis Caroli V. *artic. 115.* & Jodocus Damhouderius *in praxi rerum criminalium, cap. de incendio*: item Paulus *lib. 5. sent. tit. 20. per tot.* & *l. 26. n. 3. & in libello, Lex Dei, t. 12.* & Callistratus *in l. 28. Capitalium. §. 12. incendiarii. ff. de pœnis. & in d. l. 3. ff. de officio præfecti vigilum.* Postremò & hoc obiter notandum: mirè dicta esse *fortuita incendia* in *d. l. 28. ff. de pœnis*, illa quoque quæ caveri potuerunt: qualia constat non posse dici casus fortuitos. Nam si casus essent fortuiti, neque præcaveri possent, neque præstarentur: ibi verò dicuntur præcaveri posse, & damnum, videlicet per ea vicino datum, resarciendum.

Sextò addit Ulpianus casibus fortuitis *Aquarum magnitudines*: intelligens *inundationes*, ut alibi dicuntur, v. g. *in l. 10. si in venditione. § 1. ff. de periculo & commodo rei traditæ*, & *in l. 1. §. si quis propter inundationem. ff. de itinere actuq; privato*, alibi & *vis fluminis* appellatur, ut *in l. 24 fluminum. §. vitium. vers. & Labeo. ff. de damno infecto, & l. 2. §. 7. vis fluminis. ff. si quis cautionibus & §. cum autem. Inst. de empt. & vendit.* Pomponius etiam vocat *impetum & inundationem fluminis*, in *l. 30. Ergò §. 3. alluvio. ff. de acquir. rer. dom.* Variis autem modis contingere potest ut damnum detur per vim aquarum, tàm marinarum, quàm fluviaticarum, quàm torrentium, quàm earum, quæ sunt in stagnis & lacubus, quàm quarumlibet aliarum: dum scil. vel terra flumini aut mari vicina aquis absorbetur & obruitur: vel pars aliqua fundi abripitur, aut submergitur: aut dum ædificia, casæ, villæ totæ evertuntur & dissipantur, vel deteriorantur: vel dum animalia suffocantur: vel fœnum in pratis, vel segetes & frumenta in agris avehuntur, corrumpunturvè, invecto limo, aut arenâ, aut sabulo: vel deniq; diruuntur pontes, vel navigatio atque itinera impediuntur; quod ferè sub finem hyemis copiosè & subitò liquefactis nivibus, vel etiam ipsa æstate cataclysmo ruptis nubibus multi mortales maximo suo

malo,

malo fieri experiuntur: & hic ipse annus superioribus mensibus passim locorum tristia eius rei documenta dedit. Si quid igitur huiusmodi acciderit, sciendum est ex regula nostra, non esse id præstandū ullo judicio b.f: quia sc. casus est fortuitus: quia est ratio quæ vim habet divinam, ut ait Ulpianus *in d. l. 24. fluminum. ff. de damno infecto*, sive est vis major, & θεȣ̃ βία, ut vocat idem Ulpianus *in l. si merces. §. vis maior. ff. locati.* Sed valebit hic quoque exceptio illa, *nisi culpa intervenerit sive præcesserit*: quod accidit, si, cùm inundationi aquarum tempestivè occurri potuisset, eaq; vis averti, oppositis aggeribus sive molibus, & munitâ ripâ vel littore; id facere quis neglexerit: Item, si quis moras nectere & diverticula in itinere quærere, quàm rectà progredi maluerit; atque ita deinde sua culpâ & morâ inciderit in itineris impedimenta propter aquarum inundationes sive eluviones. Videatur hic Antonius Delrio *in fine cap. 27.* per *l. 1. C. de alluvionibus. & l. unic. ff. de ripâ muniendâ, cum similibus.*

Septimò, apud Ulpianum in casuum fortuitorum speciebus sequitur *Impetus prædonum.* Nominatur alibi *vis prædonum*, ut in *l. 30. in ratione. ff. ad l. Falcid.* Monui autem aliàs de duplici significatione vocabuli *prædonum*, quam in jure nostro habet. Nam primo in genere denotat quemlibet malæ fidei possessorem, quicunq; scil. non justo titulo neq; bona fide rem detinet alienam, interrogatusq; cur possideat, nihil habeat respondere, quàm quia possideo; quæ est apud philosophos petitio principii. Secundò, In specie significat *prædo* violentum direptorem, sive qui prædas agit, & homines per vim despoliat: cum quo idem est *latro*: tametsi hoc nomen olim honestum fuisse, idemque valuisse cum milite, sicut & *latrocinari* usurpatum, pro militiam sectari, ex Plauto & aliis bonis auctoribus, didicimus. Hac igitur significatione in jure nostro conjunguntur latrones & prædones sive latrunculi: (quorum persecutores appellantur *latrunculatores*) & ambo hi opponuntur hostibus. *l. 24. hostes. ff. de captivis & postliminio reversf. & l. 118. hostes. ff. de verb. significatione.* Alibi & *grassatores* dicuntur, ut in *l. 18. §. 10. grassatores. ff. de pœnis.* Opponuntur latrones & prædones hostibus, quoad modum constituendi: qui in hostibus est legitimus; in cæteris non item. Interim tamen quoad damna ab his omnibus nihil interest inter eos, omnesque, quasi in eodem gradu conjunguntur, *in l. 30. ff. ad L. Falcid.* *Piratæ* autem, qui nominantur *in l. 3. §. 1. vers. inde Labeo. ff. nautæ caup.* sunt latrones maritimi, qui mare infestum latrociniis habent, sicut latrones terrestria itinera obsident. Alibi autem dicitur *impetus prædonum*, nunc *incursus*, nunc *aggressura*, nunc *effractura latronum. l. 1. C. depositi. l. 5. C. de pign. act. l. 1. & l. 12. damnum. C. de locato. l. 50. si res pupillaris. ff. de administr. tutor. §. item is cui res. Instit. Quib. mod. re cont.* Sic si quis à latronibus spoliatus sit, hoc dicitur casibus imputari oportere *in l. 26. inter causas, §. non omnia. 6. ff. mandati.* Sic si conductori capræ conductæ abactæ sint per latrones (qui proprio nomine dicuntur *abigei*: item *abigeatores. t. t. ff. de abigeis.* & apud Paulum *lib. 5 sent. t. 18.*) hunc casum conductor judicio locati præstare non cogitur. *l. 9. si quis domum. §. Imperator Antoninus. ff. locati.* Damna igitur per incursum sive impetum & aggressuram, & effracturam, prædonum, latronum, grassatorum, piratarum, vel etiam hostium data, (nihil enim interest, à quo ex his damna dentur) non sunt præstanda:

ſtanda: ex generali regula ſuprà expoſita. Exceptiones autem hic repeti poſſunt ex ſuperioribus, & huic etiam ſpeciei adaptari, *argu. §. item is cui. verſ. ſed propter maiorem vim. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Porrò quanam pœnâ afficiendi ſint ipſi latrones, & graſſatores & abigei: de eo hic propriè dicendi locus non eſt: videri autem poteſt *l. 28. capitalium. §* 10 *graſſatores. & §. 15. famoſos latrones. ff. de pœnis.* & criminalis conſtitutio Caroli V. item praxis rerum criminalium Jodoci Damhouderij.

Hæc hactenus de ſpeciebus caſuum fortuitorum, quæ in textu noſtræ legis adferuntur.

Ut autem aliàs exempla non ſolent reſtringere, ſed illuſtrare regulam: ſic idem de his quoque ſentiendum eſt. Neque enim exiſtimare debemus, Ulpianum hîc voluiſſe omnia exempla caſuum fortuitorum recêſere: cùm conſtet ex aliis legibus & quotidianâ experientiâ, multò eſſe plura: v.g. eſt *Ruina* (qualis ante paucos annos ſatis miſerabilis, & horrenda extitit in Auſtria in nuptiis celeberrimis, quem caſum deſcripſit vir doctus Georgius Calaminus, p.m. amicus noſter honorandus) ſunt *Naufragia*, ſunt *Tempeſtates*, & *Terræ motus*: & *vis ventorum*, qualem terra marique vehementiſſimam, planeque ut cum Varrone loquar phreneticam, experti ſumus non ſine maximis damnis anno M. D. CXII. exeunte: ſunt *Turbines*, ſunt *Chaſmata*, ſunt *Labes & hiatus terræ*; eſt *Grando & Calamitas*, & *uredo* & *rubigo*, & *carbunculus*: ſunt *locuſtæ, locuſtarum agmina*, aliorumque inſectorum & volatilium frugibus noxia: Item, *acor & mucor in vino, &c.* de quibus ſuprà dixi copioſiùs *in Evidentialibus huius legis*: & videri poteſt Hotomannus *lib. 4. obſerv. cap. 7.* & Donellus *lib. 16. cap. 6. Commentar.* & Antonius Delrio *c. 30. ad hanc legem.*

Atque hic finis eſtò commentationis noſtræ ad hanc celeberrimam legem: quam non immeritò appellare liceat clavem totius tractatus de contractibus & commerciis: ut ita non tàm unam legem ex corpore juris noſtri, quàm totum argumentum *de contractibus, & quaſi contractibus* hucuſque expoſuiſſe videamur: indicatis etiam ubiq; mediocri diligentia actionibus, quæ ex unoquoque negotio vel ſingulæ competant, vel etiam plures concurrant: Cumq; ut ait Plinius, ingenui ſit animi, per quos profeceris, fateri: non diſſimulavi unoquoque loco, quorum præſidiis in hoc opuſculo conficiendo potiſſimùm adjuti ſumus. Nonnunquam etiam ab aliorum, quantumvis magnorum clarorumque virorum, placitis liberè, nec opinor abſq; idonea ratione ſed abſq; contumelia & obtrectatione cujuſquam diſceſſi. De quibus omnibus aliorum æqua & candida judicia æquo animo feram: dummodò hæc mihi laus relinquatur illibata atque integra, ſtudioſæ legum juventutis commoda hîc me pro virili adjutum ire voluiſſe.

FINIS.